

論 説 (1)

論 説

国際刑事法における行為支配論と 共同正犯 (1)

——2014年12月1日の国際刑事裁判所上訴裁判部
ルバンガ事件判決を契機として——

後 藤 啓 介

1. はじめに
2. ルバンガ事件の概略
 2. 1. 事実の概要
 2. 2. 裁判の経緯
3. ICC規程25条3項と正犯・共犯体系
 3. 1. ICC規程の解釈・適用上の優越性
 3. 2. ICC規程25条3項の意義と用語
 3. 3. ICCにおける「体系的な解釈」の意義
 3. 4. ICCにおける「正犯・共犯体系」の採用
4. 行為支配論の意義
 4. 1. ICCへの決定的な影響
 4. 2. 用語
 4. 3. 内容
5. ICCにおける正犯論
 5. 1. ICC規程における「正犯規定」としてのICC規程25条3項(a)
 5. 1. 1. ICC規程25条3項(a)3類
——史上初の条約上の「間接正犯」規定
 5. 1. 2. ICC規程25条3項(a)3類と「正犯の背後の正犯」
 5. 1. 3. ICC規程25条3項(a)3類と「組織支配に基づく間接正犯」
 5. 1. 4. ICC規程25条3項(a)3類の意義
 5. 2. ICC規程25条3項における「正犯」と「共犯」の区別
 5. 2. 1. 客観説の不採用
 5. 2. 2. 主観説の不採用——いわゆる「JCE法理」との訣別
 5. 2. 3. 行為支配論の採用
 5. 2. 4. 小括

(2) 国際刑事法における行為支配論と共同正犯 (1)

6. ICC規程25条3項(a)2類における共同正犯 (以下、次号)

7. むすびにかえて

1. はじめに

2014年12月1日、国際刑事裁判所 (International Criminal Court: 以下「ICC」という) の上訴裁判部判決が、被告人トーマス・ルバンガ・ディエロに対して下された。本稿は、ICCが、この判決に至るまでの一連の裁判、すなわち、ルバンガ事件の予審裁判部決定、第一審裁判部判決および上訴裁判部判決という3つの裁判を通じて¹⁾、発展・受容してきた「行為支配」概念および「共同正犯」について検討することを主な目的としている。

「中核犯罪」(core crimes)²⁾とも呼称されるICCの対象犯罪には、周知のように、以下のような特徴がある³⁾。すなわち、(1) 関与者の複数性と関与形態の多様性、(2) 組織の上位者による直接実行の欠如 (又は犯行現場での組織の上位者の不在)、(3) 上下関係的な組織ないし綿密な計画の存在、および、(4) 「国際社会全体の関心事である最も重大な犯罪」として特徴づ

1) ①ICC 2007年1月29日予審裁判部決定 (*Lubanga*, ICC-01/04-01/06)、②ICC 2012年3月14日第一審裁判部判決 (*Lubanga*, ICC-01/04-01/06) および③ICC 2014年12月1日上訴裁判部判決 (*Lubanga*, ICC-01/04-01/06 A 5) の3つである。以下の引用では、これらの3つをとくに頻繁に引用しているため、①の予審裁判部第1法廷 (Pre-Trial Chamber I) 決定を「PTC」、②の第一審裁判部第1法廷 (Trial Chamber I) 判決を「TC」、③の上訴裁判部 (Appeals Chamber) 判決を「AC」とそれぞれ略記して引用するものとする。

2) 中核犯罪に関する邦文献としては、例えば、フィリップ・オステン「刑法の国際化に関する一考察——ドイツと日本における国際刑法の継受を素材に——」法学研究79巻6号 (2006年) 55頁以下、同「国際刑法における『中核犯罪』の保護法益の意義——ICC規程批准のための日本の法整備と刑事実体法規定の欠如がもたらすものを素材として——」慶應義塾大学法学部〔編〕『慶應の法律学 刑事法——慶應義塾大学創立一五〇年記念法学部論文集』慶應義塾大学法学部 (2008年) 所収217頁以下などがある。

3) *Harmen G. van der Wilt*, *The Continuous Quest for Proper Modes of Responsibility*, *Journal of International Criminal Justice* (hereinafter: JICJ) Vol. 7 (2009), pp. 307 *et seq.*

けられる犯罪の重大性である。そのため、近時のICC（本件を含む）では、中核犯罪を個人に帰責・帰属させるために最も適切な法理とは何かということが最も重要な争点の1つとなっていた。

この問題を考える場合、少なくとも、次の3つの論点を検討する必要がある。すなわち、①ICC規程25条3項(a)から(d)まで複数存在している関与形式を「正犯」と「共犯」に区別するのか否かという関与形式の区別の問題、②ICC規程25条3項が「正犯」と「共犯」に区別される場合、どのような基準によってそれを区別するのかという正犯性の基準の問題、および、正犯性の基準の延長にある問題として、③ルバンガ事件で認定された「共同正犯」はいかなる要件の下で成立するのかという共同正犯の成立要件の問題である。

以下では、まず、議論の前提となる事実の概要や裁判の経緯などルバンガ事件の概略を確認する(2)。次いで、①関与形式の区別の問題として、同事件を通じてICCが「正犯・共犯体系」を採用したことの意義について概観する(3)。さらに、②正犯性の基準の問題として、「正犯・共犯体系」の採用において重要な役割を果たしている行為支配論の意義についても考察する(4)。そして、「正犯」についての規定であるICC規程25条3項(a)との関連で、共同正犯と密接な関係性を有する間接正犯についても若干の言及を行った後に、ICCがいかなる理由に基づいて行為支配論を採用したのかを——およびその当否について——検討する(5)。また、行為支配論と共同正犯との理論的な関係についても、さらに、③共同正犯の成立要件の問題と絡めながら、掘り下げて考えてみたい(6)。最後に、国際刑事法における「行為支配論」および「共同正犯」の意義と今後の展望を述べて擲筆したい(7)。

2. ルバンガ事件の概略

2.1. 事実の概要

被告人トーマス・ルバンガ・ディーロ(1960年12月29日生)は、コンゴ愛国同盟(Union des Patriotes Congolais: 以下「UPC」という)の創設者・指導者であり、コンゴ解放愛国軍(Force Patriotique pour la Libération du Congo: 以下「FPLC」という)の総司令官であった。これらの組織の目標は、

（４）国際刑事法における行為支配論と共同正犯（１）

コンゴ民主共和国のイツリ地方に対する政治的・軍事的な支配を確立することにあった。この目標を達成するため、被告人およびその共犯ら（A, B, C, D, EおよびFの６名を含む）は、軍隊を創設するという共通の計画に合意し、かつ、関与していた。この計画に基づいて、2002年９月初旬から2003年８月13日にかけて、UPC/FPLCは、若者（15歳未満の児童を含む）を対象に、任意若しくは強制のいずれかによる大規模な徴兵を実施した。徴兵された児童は、とりわけ、兵士ないしUPC/FPLC幹部（被告人を含む）の護衛として利用された。

被告人は、UPC/FPLC（児童の徴兵および軍事訓練について一般的に責任のあるA, BおよびCの３名を含む）を実質的にも支配していた。被告人は、Aらとの会合や密接な連絡によって徴兵に関する十分な情報を得ていた。また、軍事作戦の立案などにも積極的に関与していた。さらに、軍隊に若者を徴兵できるようにするため、住民を頻繁に扇動し、訓練キャンプを訪問し、かつ、兵士（児童を含む）の士気を鼓舞する演説をしていた。また、被告人は、護衛の一部として15歳未満の児童を個人的に使用し、かつ、15歳未満の他のUPC/FPLC構成員の護衛にも定期的に面会していた。しかしながら、被告人が15歳未満の個々の児童の徴兵に直接的かつ個人的に関与していたかどうかまでは、判断できないとされた。

２．２．裁判の経緯

2006年２月10日、予審裁判部は、ICC規程58条１項に従って、ルバンガに対する逮捕状を発付した。2006年３月17日、ルバンガの身柄がコンゴ民主共和国当局から引渡され、その後、ICCの所在するオランダのハーグにある施設に移送された。

2007年１月29日、予審裁判部は、ICC規程８条２項（b）（xxvi）および同（e）（vii）に基づく児童兵の徴集、編入又は使用罪（以下「児童兵犯罪」という）の共同正犯（ICC規程25条３項（a）２類「他の者と共同して」）というルバンガの犯罪事実を確認した。そして、予審裁判部は、ICC規程61条７項（a）に従って、被告人ルバンガが児童兵犯罪を他の者と共同して行ったと「信ずるに足りる実質的な理由を証明するために十分な証拠が存在」していたと決定し、ルバンガを「公判のために第一審裁判部に送致」したのである。その後、検察官が弁護側に対して被告人に有利な証拠を開示しな

かったことなどを理由に、公判手続は1年半近くも停止されていた。しかし、2008年11月18日、第一審裁判部は、公判手続の停止を解除し、2009年1月26日になってICC史上初となる公判手続が第一審裁判部において開始された。

2012年3月14日、第一審裁判部第1法廷は、ICC規程74条2項に従って、被告人を児童兵犯罪（ICC規程8条2項（e）（vii）の共同正犯（ICC規程25条3項（a）2類）という訴因に基づいて有罪とした（なお、裁判所規則〔Regulations of the Court〕55条によって武力紛争に関する事実の法的性質が「非国際的な武力紛争」に修正されたため、ICC規程8条2項（b）（xxvi）については適用されなかった）。この判決は、2002年のICC規程発効から数えて10年目にして初となる第一審裁判部判決であった。また、2012年7月10日には、刑の言渡しが無され、ルバンガには合計14年の拘禁刑が科されることになった。2012年10月3日、ICC規程81条1項（b）、手続及び証拠に関する規則（Rules of Procedure and Evidence）150条および裁判所規則57条に従って、ルバンガは、この有罪判決の破棄を求めて、上訴を行った。

2014年12月1日、ICCの上訴裁判部は、ICC規程83条2項所定の要件は満たされていないとして、ルバンガの上訴を棄却した。すなわち、第一審裁判部判決を——ほぼ全面的に踏襲し——ルバンガに対する有罪判決を是認したのである。結局、ICCは、ルバンガが、2002年9月初旬から2003年8月13日にかけて、コンゴ民主共和国のイツリ地方で、非国際的な武力紛争の期間中、他の者と共同してUPC/FPLCに15歳未満の児童を徴集し、編入し、敵対行為に積極的に参加させるために使用したと認定した（ICC規程8条2項（e）（vii）・25条3項（a）2類）。なお、同日、ルバンガに対する量刑判決も言い渡され、原審の言い渡した14年の拘禁刑が維持された。

3. ICC規程25条3項と正犯・共犯体系

3.1. ICC規程の解釈・適用上の優越性

ICC規程25条3項を検討するに先立って、最も重要なことの1つは、そもそもICC規程には解釈・適用上の優越的な地位が付与されているということである。具体的にいえば、ICCでいずれの法を適用するのかが問題になる場合、他の法規範——例えば、ユーゴスラビア国際刑事法廷（International

Criminal Tribunal for the former Yugoslavia: 以下「ICTY」という) やルワンダ国際刑事法廷 (International Criminal Tribunal for Rwanda: 以下「ICTR」という) など、従前の諸種のアド・ホック法廷の判例法や国際慣習法など——を参照するよりも先に、まずICC規程が参照されなければならない。

その法的根拠となるのは、ICC規程21条1項(a)である。同(a)によれば、ICCは、まず「第一に」、かつ、最も重要な法源として、「[ICC] 規程、犯罪の構成要件に関する文書 [Elements of Crimes] 及び手続及び証拠に関する規則」を適用するとされている。これらはいわば「第1次的な法源」である。次に、同(b)によれば、「第二に」という言葉も示唆しているように、「国際法の原則及び規則」や「法の一般原則」は、第1次的な法源では解決されない場合にしか適用されえない。これらはいわば「第2次的な法源」である。

このようなICC規程の優越性は、ICCの上訴裁判部によっても支持されている。具体的には、上訴裁判部によれば、「ICC規程25条3項は、ICTY規程およびICTR規程の関連する重要な諸規定とは異なる構造を有しているため、ICTY規程およびICTR規程の解釈と適用に関するアプローチをICC規程の解釈に容易に転用することはできない」とされている⁴⁾。さらに、このようなICC規程の優越性は学説によっても支持されている⁵⁾。

これらのことは、ICC規程と従前の諸種のアド・ホック法廷の判例との関係性について、次の2つを推論することを可能にしている。第1に、ICC規程とICTY規程とでほとんど規定振りや文言に差異のない法概念——例えば、ICC規程6条とICTY規程4条のジェノサイド [集団殺害犯罪]⁶⁾——であればICTYの解釈と適用に関するアプローチ (判例法) を転用することも比較的容易であるといえる。他方で、第2に、ICC規程とICTY規程とで規定振りや文言に差異のある法概念——例えば、関与形式について定めるICC規程25条3項とICTY規程7条1項——であれば、以下 (とりわけ、5. 2. 2)

4) AC, para. 472; ICC 2012年12月18日第一審裁判部判決 (*Chui*, ICC-01/04-02/12-4), Concurring Opinion of Judge *Christine van den Wyngaert*, paras. 9-10.

5) *Stefano Manacorda/Chantal Meloni*, Indirect Perpetration *versus* Joint Criminal Enterprise – Concurring Approaches in the Practice of International Criminal Law, JICJ, Vol. 9 (2011), pp. 167-168; *Florian Jessberger/Julia Geneuss*, On the Application of a Theory of Indirect Perpetration in *Al Bashir* – German Doctrine at The Hague?, JICJ, Vol. 6 (2008), p. 865.

でも詳述するように、ICC規程の優越性に鑑みて、それがどれほど国際慣習法に依拠した法概念であり、かつ、ICTYの判例として定着していたとしても、ICC規程とは相容れないのであれば、ICC規程の解釈としては転用できないということになる⁷⁾。

3. 2. ICC規程25条3項の意義と用語

ICCにおける関与形式の問題を考える際に最も重要な条文は、ICC規程25条3項である。ICC規程25条3項の大きな特徴の1つとしては、従前のアド・ホック法廷の諸規程と比べて、ICC規程上の関与形式に関する条文が精緻化されていることが挙げられる⁸⁾。言い換えれば、ICC規程25条3項(a)から(d)では、関与形式の規定振りが細分化・類型化された結果、関与形式が以前のものよりも、さらに詳細に規定されているのである。

具体的には、ICC規程25条3項(a)では3つの「行う」([c]ommits)という概念が規定されている(なお、同25条3項(b)から(d)では、「行う」[c]ommits)の名詞形である「実行」[commission]という文言が使用されている)。すなわち、①同25条3項(a)1類「単独で…当該犯罪を行うこと」([c]ommits such a crime … as an individual)、②同25条3項(a)2類「他の者と共同して…当該犯罪を行うこと」([c]ommits such a crime … jointly with another)、および、③同25条3項(a)3類「他の者を通じて…当該犯

6) ジェノサイドに関する邦文献としては、例えば、後藤啓介「ジェノサイドの犯罪構成要件に関する一考察——ジェノサイド罪の主な特徴と現行日本刑法での対応の限界——」法学政治学論究80号(2009年)349頁以下、同「ジェノサイドの『破壊する意図』と五つの個別的行為類型に関する一試論——現行日本刑法でのカバレッジという観点から——」法学雑誌タートンヌマン11号(2009年)113頁などを参照。

7) *Barbara Goy*, Individual Criminal Responsibility before the International Criminal Court – A Comparison with the Ad Hoc Tribunals, *International Criminal Law Review* (hereinafter: ICLR), Vol. 12 (2012) pp. 3 *et seq.*

8) *Gerhard Werle*, Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute, *JICJ*, Vol. 5 (2007), pp. 956 *et seq.*; フィリップ・オステン「国際刑法における『正犯』概念の形成と意義——ICCにおける組織支配に基づく間接正犯概念の胎動」川端博ほか〔編〕『理論刑法学の探究③』成文堂(2010年)所収114頁以下参照。

(8) 国際刑事法における行為支配論と共同正犯 (1)

罪を行うこと」([c]ommits such a crime … through another person) の3つである⁹⁾。本稿は、後述する4つの理由から——とりわけ、ICCで「正犯・共犯体系」が採用されたことから(下記3.4も参照)——これらの類型をそれぞれ①「直接正犯」、②「共同正犯」および③「間接正犯」と把握すべきであると考ええる。

たしかに、この3つの概念をめぐっては、例えば、「直接実行 (direct or immediate perpetration)」、「共同実行 (co-perpetration)」などと訳出する見解¹⁰⁾、あるいは「joint perpetration」は、ICC規程25条(3)(a)に定められた3つの責任形態の1つであり、すでに出てきている‘co-perpetration’と同義に用いられている。この用語については、簡略に『共同正犯』と訳されることもあるが、日本の共同正犯の持つ意味と区別されるべきであること、25条(3)(a)が(b)以下の責任形態と区別された正犯責任を規定したものであるかどうか論争の対象となっていることから、これらの用語には、『正犯』の使用を避けて『共同犯罪実行』の訳語を用いる。したがって、25条(3)(a)に定められた3つの責任形態は、単独犯罪実行、共同犯罪実行、間接犯罪実行と訳する¹¹⁾、さらには、これらを1つ1つ書き下して順に「物理的に犯罪の客観的要素を実行する…類型」(direct perpetration)、「他者と共同で実行する類型」(co-perpetration)、「間接的に実行する類型」(indirect perpetration)と訳出する見解¹²⁾もある。しかしな

9) 本稿以下のICC規程の邦訳は、基本的には外務省の公定訳に従っている。

10) 森下忠『国際刑法学の課題』成文堂(2007年)105頁。ただし、なぜか同書では、「間接実行 (indirect perpetration)」については記述がなく、「いわゆる間接正犯 (auteur médiate, mittelbare Täterschaft)」とされている。

11) ジェンス・デービッド・オーリンほか〔著〕=東澤靖〔訳〕「国際刑事裁判所 (ICC) における『支配の理論』を評価する」明治学院大学法科大学院ローレビュー19号(2013年)99頁註6。なお、東澤靖『国際刑事裁判所と人権保障——正義と法の支配の法的実現へ向けて』信山社(2014年)17頁および21頁も参照。ただし、同『国際刑事裁判所——法と実務』明石書店(2007年)121頁では、「これら〔ICC規程25条3項(a)〕は通常、単独正犯、共同正犯または間接正犯と呼ばれる行為形態である」とされている。

12) 木原正樹「『国際刑事裁判所』における正犯の要件——ICCの『コントロール』理論を中心に」国際法外交雑誌113巻4号(2015年)31頁。

がら、本稿では、後述する4つの理由から、これらの見解を採用することはできない。

たしかに、日本の「共同正犯」とドイツの「共同正犯」(Mittäterschaft)の間でもその理論的位置づけや要件、適用範囲などに差異がみられるように、日本やドイツをはじめとする国内刑法とICTYやICCなどをはじめとする国際刑法との間でも「間接正犯」ないし「共同正犯」といった概念は厳密に一对一に対応しているわけではない。したがって、国内刑法と国際刑法を論じる場合にも、それぞれの「次元」を分離する必要性までは認められるし、これらの概念を無批判に混同するべきではない。ゆえに、国内・国際の次元のすべてを包摂して一括して「間接正犯」や「共同正犯」という用語を安直に用いるべきではなく、せめてどちらの次元での話であるのかを明示せよ、という議論は十分に成り立ちうる。

しかしながら、それにもかかわらず、ICC規程25条3項(a)における3つの「行う」という概念は、「直接正犯」、「共同正犯」および「間接正犯」とそれぞれ把握されるべきである。理由は以下の4つである。

第1に、下記(3.4)で詳述するように、ICCではICC規程25条の枠組みに基づいて「正犯」と「共犯」が区別されている。したがって、前述の見解のように、「25条(3)(a)が(b)以下の責任形態と区別された正犯責任を規定したものであるかどうか」が論争の対象となっていることから、これらの用語には、『正犯』の使用を避けて『共同犯罪実行』の訳語を用いる」という「正犯」の代わりに「実行」という訳語を用いるという見解は、ICCの現状を反映していない。ゆえに、「実行」という訳語を使用することに現在では正当性を見出すことはできない。

第2に、概念の同一性である。紙幅の都合上、「共同正犯」だけを取り上げてみれば、たしかに、日本における「共同正犯」とICCにおける「共同正犯」とは、同一のものではない。しかし、それは日本における「共同正犯」とドイツにおける「共同正犯」が同一のものではないという程度の差異でしかない。すなわち、ドイツ刑法25条2項にいう「複数の者が共同して犯罪行為を行ったときは、各人が正犯として処罰される。(共同正犯)」(Begehen mehrere die Straftat gemeinschaftlich, so wird jeder als Täter bestraft (Mittäter).) (注：丸括弧も原文のママ) という文言からも¹³⁾、あるいは日本の刑法60条(共同正犯)にいう「2人以上共同して犯罪を実行し

（10）国際刑事法における行為支配論と共同正犯（1）

た者は、すべて正犯とする。」という理解からも明確であるように、「2人以上の者が共同していること」、すなわち、「本人と他の者とが共同して犯罪を行っていること」を一般的に「共同正犯」というのである。もしもこれが「共同正犯」でないとすれば、いったい何が共同正犯なのか、議論が不鮮明になってしまう虞があるように思われる。したがって、ICC規程25条3項（a）2類にいう「他の者と共同して…当該犯罪を行うこと」という概念について——むろん、その理論的位置づけや要件、適用範囲などについては、判例・学説上の差異がみられるのはある意味「当然」であるとしても——ICCにおいて正犯・共犯体系が採用されているという背景を踏まえれば、「共同正犯」という理解をすることは何ら差し支えがないと考える。

第3に、「国際法」と「刑法」との懸け橋としての新たな学問領域としての「国際刑法」の存在である。言い換えれば、「国際法」上の議論と「刑法」上の議論は、共通点もあるが、相違点もあり、その混同を回避するため、明確に区別して論じるべきであるとして、常に両者を峻別することは、「国際刑法」という両者の混合された領域があるという現状を看過してしまう虞がある。たしかに、実際には、「国際刑法」というのは、多義的な概念である¹⁴⁾。しかし、その領域の中には「国際法における刑事法的側面」がある¹⁵⁾という事実さえ直視することができるのであれば、国内刑法の概念を国際刑法の概念についても参照したり、援用したりすることは、有意義なものとなりうる。すなわち、「国際刑法」と「国内刑法」の諸概念に、たとえ細かい内容や要件については異論の余地があったとしても、それぞれの概念の枠組みそれ自体に共通性が見出されうるのであれば、その共通項を括り出していくことは可能である。そして、そのような共通部分の抽出作業が行われる過程を通じて、「国際法」と「刑法」が交錯し、対話する領域としての「国際刑法」という学問領域への道が切り拓かれると考える¹⁶⁾。

13) 法務省大臣官房司法法制部司法法制課〔編訳〕『ドイツ刑法典』法務資料461号（2007年）25頁参照。本稿以下のドイツ刑法の邦訳はこの資料に基づいている。

14) 森下忠『新しい国際刑法』信山社（2002年）2頁など参照。

15) フィリップ・オステン「戦争犯罪・国際犯罪とは何か——国際刑事法を考える」三色旗691号（2005年）3頁、山本草二『国際刑事法』三省堂（1991年）123頁以下など参照。

第4に、先行研究の存在である。ここ最近の研究をみれば明らかであるように、日本の刑事法学者を中心に、ICC規程25条3項(a)における3つの「行う」という概念は、一般的には、「直接正犯」、「共同正犯」および「間接正犯」と理解され、そのように訳出されている¹⁷⁾。ゆえに、これらの既存の研究との整合性を維持しながら、ICC規程25条3項(a)の諸概念を研究・探究していくことには、「国際刑法」という学問の継続性という観点からも、大きな意義があるように思われる。

以上のように、少なくとも4つの理由から、本稿では、ICC規程25条3項(a)における3つの「行う」という概念を、それぞれ「直接正犯」、「共同正犯」および「間接正犯」として把握することにする。

次に、(b)では3つの共犯の「惹起」類型が規定されている。すなわち、

16) フィリップ・オステン「国際刑事裁判所の『位置づけ方』——国内法整備と刑事法の課題——」国際人権19号(2008年)51頁など参照。

17) 具体例を挙げれば、石井由梨佳「国際刑事裁判所と戦争犯罪——ルバンガ事件判決の評価を中心に——」国際法研究2号(2014年)124-125頁「共同正犯の原語は co-perpetrator であり…本稿では原則として『共同正犯』の訳語を用いる」、オステン(前掲注8)116頁「正犯については、[ICC規程]25条3項(a)は三つの類型を規定している。すなわち、…①単独(直接)正犯、②共同正犯および③間接正犯がそれぞれ別個の概念として定められている」、後藤啓介「日本刑法における共謀共同正犯と国際刑法における『正犯』概念に関する一考察——中核犯罪の『黒幕』とされる者は如何なる概念によって捕捉されるべきか——」法学政治学論究87号(2010年)49頁「[ICC規程25条]三項(a)は、以下の三つの関与形式によって、区別することができる。すなわち、①直接正犯(「単独で」)、②共同正犯(「他の者と共同して」)および③間接正犯(「他の者を通じて」)である」、高山佳奈子「国際刑事法をめぐる課題と展望」刑事法ジャーナル27号(2011年)4頁「ICC規程の中の共犯に関する条文[25条3項(a)]は…従来の実務のリストメントではなく、単独正犯・共同正犯・間接正犯について定めており」、田中利幸「刑事法の原理と国際刑事裁判所」国際人権12号(2001年)61頁「[ICC規程]25条3項[(a)]に、共同正犯、間接正犯…などにあたるものを規定」、増田隆「国際刑法における正犯処罰の系譜と判例理論の継受——共同謀議から共同犯罪企図を経てローマ規程へ——」高橋則夫ほか〔編〕『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』成文堂(2014年)894頁「『単独正犯』、『共同正犯』、『間接正犯』が規定され(ローマ[ICC]規程25条3項(a))」などがある。

①命令犯 (25条3項 (b) 1類「当該犯罪の実行を命じ…ること」〔orders … the commission of such a crime〕)、②教唆犯 (25条3項 (b) 2類「当該犯罪の実行を…教唆…すること」〔solicits … the commission of such a crime〕)、および、③勧誘犯 (25条3項 (b) 3類「当該犯罪の実行を…勧誘すること」〔induces the commission of such a crime〕)である。

さらに、(c) では2つの共犯の「援助」類型が規定されている。すなわち、①幫助犯 (25条3項 (c) 1類「当該犯罪の実行をほう助…すること」〔aids, abets … in its commission〕¹⁸⁾、および、② (広義の) 援助犯 (「当該犯罪の実行を…その他の方法で援助する」〔otherwise assists in its commission〕) ことである。

最後に、(d) はこれらの (a) から (c) までの残余形式 (ないし「受け皿」的な規定) となっている。すなわち、集団犯罪に対するその他の寄与犯 (25条3項 (d)「集団による…犯罪…に対し…その他の方法で寄与すること」〔in any other way contributes to the commission … of such a crime by a group of persons〕) である。なお、学説によれば、ICC規程28条に基づく「指揮官その他の上官の責任」〔responsibility of commanders and other superiors〕は、(独自の性質を有する) 関与形式の一種であるとされている¹⁹⁾ のに対して、ICC規程25条3項 (e) のジェノサイドの実行を「他の者に対して…扇動すること」〔incites others to commit genocide〕、および、ICC規程25条3項 (f) の「未遂」〔attempts to commit such a crime〕は関与形式

18) 外務省の公定訳が「aids, abets」を「ほう助し」と「唆し」とにそれぞれ分けて訳しているのは疑問である。ICTY規程7条1項などにおける「aided and abetted」との対比で考えてみれば、「aids, abets」も併せて「幫助」と訳出されるべきであろう。なお、*Albin Eser, Individual Criminal Responsibility, in: Antonio Cassese et. al., (eds.), The Rome Statute of the International Criminal Court – A Commentary Vol. I, Oxford 2002, p. 798* は、「aiding and abetting」という文言は、「援助」(assistance) という包括概念に含まれるとする。また、オステン (前掲注8) 116頁注16も、「文言上、『援助』〔assistance〕が上位概念となっており、『幫助』(“aiding and abetting”) はその具体的な (下位) 範疇の一つとして挙げられている (いわば『例示列举』されている) に過ぎない」とする。さらに、森下 (前掲注10) 106頁も、「これ〔aidとabet〕を援助、支援と訳すとしても、両者は区別しがたい結合語となっている」と指摘している。

とはいえないと考えられている²⁰⁾。なぜならば、これらの2つは、いわゆる未完成犯罪にすぎないからである。

このような関与形式の類型化・精緻化はそれ自体が画期的な出来事である。なぜならば、ICC以前の諸種の国際刑事法廷においては、ここまで詳細な規定が存在しなかったからである。具体的には、第二次世界大戦直後のニュルンベルク裁判や東京裁判の条例には、正犯に関する一般規定はなく、わずかに「実行」という文言や、「共犯者」という文言から「直接正犯」や「共同正犯」を推測することができたにすぎない。また、東京裁判において、厳密な意味では「共同正犯」でも「共謀共同正犯」でもない、「共同謀議」(conspiracy)という概念が大きな意味を持ったことは周知の事実である²¹⁾。さらに、ICTY規程7条1項などの場合も、「…犯罪の計画、準備又は実行

19) *Gerhard Werle, Völkerstrafrecht, 3. Aufl., Tübingen 2012, Rn. 544.* なお、上官責任に関する邦文献としては、例えば、永福誠也『国際刑事裁判所規程第28条にみる上官責任の考察』内外出版(2014年)、横濱和弥「国際刑法における『上官責任』に関する一考察——日本刑法上の諸概念との対比を中心に——」法学政治学論究92号(2012年)365頁以下、同「国際刑法における『上官責任』とその国内法化の態様に関する一考察——ドイツ『国際刑法典』を素材として——」法学政治学論究97号(2013年)301頁以下などがある。

20) 森下(前掲注10)109頁以下参照。

21) 例えば、極東国際軍事裁判所条例5条では、「上記犯罪の何れかを犯さんとする共通の計画又は共同謀議の立案又は実行に参加せる指導者、組織者、教唆者及び共犯者は、斯かる計画の遂行上為されたる一切の行為に付、其の何人に依りて為されたとを問わず、責任を有す」と規定されている。また、国際法委員会で1950年に採択された「ニュルンベルク裁判所条例および同裁判所の判決において認められた国際法の諸原則」第7原則も参照。さらに、この「共同謀議」概念についての邦文献としては、例えば、奥原敏雄「東京裁判における共同謀議理論－1－」国士館大学政経論叢5号(1966年)155頁以下、同「東京裁判における共同謀議理論——檢察側の国際法理論とその批判－2－」国士館大学政経論叢7号(1968年)387頁以下、同「東京裁判における共同謀議理論——多数判決の法理とその批判的検討－3－」国士館大学政経論叢12号(1970年)181頁以下などがある。なお、フィリップ・オステン「東京裁判における犯罪構成要件の再訪——初期国際刑法史の一断面の素描——」法学研究82巻1号(2009年)315頁以下も参照。

について、計画し、教唆し、命令し、実行し又はその他の方法で幫助した者は、個人としてその犯罪について責任を負う」(A person who planned, instigated, ordered, committed or otherwise aided and abetted in the planning, preparation or execution of a crime … shall be individually responsible for the crime) と極めて簡潔に、かつ、包括的に規定されている。そのため、ICTY 規程では、そもそもICC規程における3つの正犯類型のような分類があるのかどうかさえも判然としない。実際、ICTYでは後述(5.2.2)するJCEという概念が「正犯」としての機能を果たしていた²²⁾。

いずれにせよ、ICC規程25条3項では、従前の諸種のアド・ホック法廷と比較して関与形式概念がより精緻化されている。そして、その精緻化された概念の適用こそが、つまり、ICC規程25条3項の適用こそが、法の適用順序としては最優先される。したがって、ICC規程25条3項をどのように体系づけ、どのように解釈し、そして、どのように適用するのかは、ICCにおける最適な「帰責」概念の問題を探索していく際に、最も重要な課題となるのである。

3.3. ICCにおける「体系的な解釈」の意義

ICC規程25条3項は「体系的に解釈」されなければならない。すなわち、条文を全体から切り離して個別の「純粋な文理解釈(逐語的な文言解釈)」(plain reading)²³⁾だけをするのではなく、条文を他の条文と照らし合わせたり、全体の中で相互関係的に位置づけたりして、「体系的に」解釈する必要がある。この場合に1つの指針となりうるのは、「条約法に関するウィーン条約」(条約法条約)である。ICCによれば、ICC規程の解釈においても条約法条約31条および32条が重要である、とされている²⁴⁾。そして、とくに、

22) 後藤(前掲注17)43-49頁など参照。

23) このような「plain reading」を志向する見解としては、TC, Separate Opinion of Judge *Adrian Fulford*, para.16 および *van den Wyngaert*, *supra* note 4, para. 30 などがある。また、このような「plain reading」に対する「的確な」批判としては、フィリップ・オステン「国際刑法における行為支配論と正犯概念の新展開——多元的関与形式体系の意義——」井田良ほか〔編〕『川端博先生古稀記念論文集〔上巻〕』成文堂(2014年)所収489頁などを参照。

同条約31条1項にいう「条約は、文脈によりかつその趣旨及び目的に照らして与えられる用語の通常の意味に従い、誠実に解釈するものとする」という規定が注目されている。

条約法条約31条1項について、ICCは、「誠実に」という文言の解釈には深入りせず、むしろ「文脈によりかつその趣旨及び目的に照らして与えられる用語の通常の意味に従い」という箇所注目している²⁴⁾。つまり、ある法の文言を解釈する場合には、その法の規定振り、すなわち、その文言の置かれている条文の「文脈」や、その文言の置かれている条文と他の条文との順番や順序などの「関連する条文の位置関係」、その条文が置かれている法の「章立て」、その法の「趣旨及び目的」にも注目しながら、全体の中で部分を「体系的に」位置づけて解釈する必要があるというのである。

これをICC規程に具体的にあてはめてみれば、ICC規程という法のある部分、例えば、ICC規程25条3項(a)2類「他の者と共同して…犯罪を行うこと」という文言を解釈する場合、その文言が、第3部「刑法の一般原則」の中のICC規程25条「個人の刑事責任」の中の第3項「関与形式」の中の「(a) から (d)」の中の「(a)」の中の「2類」に位置づけられていることは、当該文言の解釈において決定的に重要な意味を持つといえる。すなわち、①(a)にある他の2つの文言——1類「単独で」、3類「他の者を通じて」——との関係性、②(a)以外の25条3項内の関与形式——(b)から(d)——や未完成犯罪の項目——(f)・(e)——との関係性、③25条3項とそれ以外の条項——1項、2項、3項の2(未発効)および4項——との関係性、④25条とそれ以外の条文——例えば、28条にいう上官責任——との関係性、および、⑤「国際社会全体の関心事である最も重大な犯罪が処罰されずに済まされてはならない」などのICC規程前文の「趣旨及び目的」などの「全体」との整合性・論理性の中でICC規程の当該文言は解釈されるべきなのである。

したがって、これらを度外視した「純粋な文言解釈」だけでは、ICC規程を適切に解釈することはできないといわざるをえない。

24) ICC 2006年7月13日上訴裁判部判決〔Judgement〕(*Lubanga*, ICC-01/04-168), para. 33.

25) *Ibid.*

3. 4. ICCにおける「正犯・共犯体系」の採用

上訴裁判部は、2014年12月1日のルバンガ事件判決において、ICC規程の「体系的な解釈」に基づいて、ICC規程では「正犯・共犯体系」が採用されていると判示した²⁶⁾。すなわち、ICC規程25条3項では「犯罪を行う者である正犯」(perpetrator)と「他の者が行っている犯罪に寄与しているにすぎない者である共犯」(accessory)が区別されているというのである。学説においても、ICC規程をこのような「正犯・共犯体系」として理解することが支持されている²⁷⁾。さらに、後述(5.2.3)のように、このような「正犯・共犯体系」に基づくICC規程25条3項の理解は、ICCで行為支配論が採用されたこととも密接な関連性を有している。

ICC規程25条3項については、たしかに、一見すると、このような「正犯」と「共犯」との区別は必然であるとまではいえないようにも見受けられる。例えば、第一審裁判部判決で個別意見を著したフルフォード元判事のように²⁸⁾、ICC規程を「統一的正犯体系」——ここにいう「統一的正犯体系」とは、一般的には、「原則的にすべての関与者を同様に正犯とする」見解ないし「正犯と共犯とを区別することなく、ある犯罪に関与した者は、法的に同一の責任を問われる」体系のことを意味している²⁹⁾——に基づいて理解することも不可能ではない。したがって、この見解によれば、ICC規程25条3項(a)から(d)は「すべて正犯」であって、相互に「序列」はない。

26) AC, para. 462.

27) Werle, *supra* note 8, pp. 956 *et seq.*; Gerhard Werle/Boris Burghardt, Establishing Degrees of International Criminal Responsibility – Modes of Participation in Article 25 of the ICC Statute, in: Elies van Sliedregt/Sergey Vasiliev (eds.), *Pluralism in International Criminal Law*, Oxford 2014, pp. 306 *et seq.*; Andreas Herzig, Die Tatherrschaftslehre in der Rechtsprechung des Internationalen Strafgerichtshofs, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* (zit: ZIS), Bd. 4 (2013), S. 197 f.; オステン(前掲注23)492頁以下、森下(前掲注10)104頁など参照。

28) Fulford, *supra* note 23, paras. 6-9.

29) Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band II – Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, München 2003, § 25 Rn. 2; 森下(前掲注10)104頁。なお、統一的正犯体系に関する邦文献としては、高橋則夫『共犯体系と共犯理論』成文堂(1988年)5頁以下なども参照。

ゆえに、この見解に基づけば、ICC規程25条3項(a)から(d)はすべて概念としては同列に取扱われ、これらの概念のうちのどれを適用するかによって、行為者に対する「非難可能性の程度」に差異が生じるわけではないことになる。

また、学説の中にも、「ローマ〔ICC〕規程25条3項(a)乃至(e)と統一的正犯体系は整合的に両立しようと解される」とする見解³⁰⁾や、ICC規程25条3項(d)にいう「集団犯罪へのその他の寄与」よりも、ICC規程25条3項(c)にいう「幫助犯」の非難可能性の方が典型的に高いとすることを疑問視する見解がある³¹⁾。なお、現在の日本やドイツのように正犯と共犯をそもそも区別すべきかどうかという問題は、「突き詰めれば立法政策の問題」ということも不可能ではなく、また、正犯と共犯が区別されることは「歴史上の偶然の産物」であったという指摘も³²⁾、傾聴に値する³³⁾。

しかしながら、上訴裁判部は、この区別は、「正犯」が「共犯」よりも重く非難されることを明らかにし、被告人の刑事責任に適切な罪名を付与することに貢献するものとして、重要な区別であることを指摘した³⁴⁾。また、このような「正犯」と「共犯」の区別の重要性は、予審裁判部でも第一審

30) 増田（前掲注17）902頁。

31) *Hans Vest, Problems of Participation – Unitarian, Differentiated Approach, or Something Else?*, JICJ, Vol. 12 (2014), p. 305.

32) *Roxin*, a.a.O. (Fn. 29), Rn. 1 ff.; *Soichiro Shimada*, Ein neuer Aspekt der Täterlehre – Erkenntnisse aus der japanisch-deutschen Rechtsvergleichung, *Goldammer's Archiv für Strafrecht* (zit: GA) 2009, S. 482 ff. (S. 485); 島田聡一郎「共犯総説」西田典之ほか〔編〕『注釈刑法 第1巻 総論 § § 1~72』有斐閣（2010年）所収783頁。

33) 日本の刑法典では少なくとも故意作為犯について正犯と共犯が区別されていることに疑問の余地はない。また、亀井源太郎『正犯と共犯を区別すること』弘文堂（2005年）184頁以下によれば、正犯と共犯との区別は、刑罰権の範囲を確定させる理論的にも実務的にも重要な問題であるとされ、とりわけ、共同正犯と幫助〔従犯〕との区別は、「法定刑に差異が生ずるうえ、実際にも、共同正犯の起訴に対し被告人が幫助に止まるとして争う方が、教唆として争うよりも多いとも考えられる」ために意義があると指摘されている。

34) AC, para. 462.

(18) 国際刑事法における行為支配論と共同正犯 (1)

裁判部でも一貫して主張されている³⁵⁾。とりわけ、予審裁判部は、ICC規程25条3項(d)では、ICC規程25条3項(a)から(c)によっては特徴づけることのできない「寄与」が包含されているため、これらの「従犯責任の残余形式」(a residual form of accessory liability)が規定されていると判示している³⁶⁾。また、後述(5.2.3)のように、第一審裁判部も、「正犯」の場合には、「共犯」(従犯)の場合よりも重大な寄与が「客観的に」必要とされているとして、この両概念には決定的に重要な違いがあるとしている³⁷⁾。

このように、ICCにおいて「正犯」と「共犯」が区別して議論されるようになったことは、歓迎されるべきことである。というのも、犯罪結果と何らかの因果関係のある行為を行った者をすべて一律に「正犯」とする「統一的正犯体系」の下では、以下のような批判がありうるからである。すなわち、「i 処罰範囲が不明確になりがちである、ii 関与の重大性に応じた処罰の軽重が、全て量刑論に委ねられ、裁判官の裁量の幅が広すぎる、iii [...] 狭義の共犯の従属性による処罰範囲の限定が理論的に困難となってしまう」という批判である³⁸⁾。

実際、ICCにおいても、以下の少なくとも5つの理由から、「統一的正犯体系」ではなく、「正犯・共犯体系」に基づいて、ICC規程25条3項(a)から(d)には「非難可能性ないし刑事責任の程度に基づく序列」があると考えの方がより合理的な解釈である³⁹⁾。

第1に、解釈の体系性である。すなわち、ICC規程25条3項に「序列化された差異」があると措定すれば、何らかの重複しそうな概念があるとき、(a)から(d)の順に適用されるという解釈の優先順位・体系性が確立される。具体的に例を挙げてみれば、フルフォード元判事は、ルバンガ事件第一審裁判部判決に対する個別意見で、(a)に規定している「他の者を通じて…

35) PTC, para. 320; TC, para. 996.

36) PTC, para. 337.

37) TC, paras. 996-999.

38) 島田(前掲注32)782頁。なお、ドイツにおける統一的正犯体系に対する批判としては、Roxin, a.a.O. (Fn. 29), § 25 Rn. 3; Johannes Wessels u.a., Strafrecht Allgemeiner Teil – Die Straftat und ihr Aufbau, 44. Aufl., Heidelberg u.a. 2014, § 13 Rn., Rn. 506なども参照。

39) Werle/Burghardt, *supra* note 27, pp. 306 et seq; オステン(前掲注23)492頁以下参照。

行うこと」という概念と (b) に規定されている「命じ」という概念が「明確に重複している」(self-evidently overlap) ということを指摘している⁴⁰⁾。たしかに、(a) と (b) の字面だけをどれほど眺めてみても、この2つの概念の間に明確な線引きをすることはできない。しかしながら、ICC規程25条3項には「非難可能性ないし刑事責任の程度に基づく序列」があるとすれば、これらの関与形式の間に区別をすることができるようになる。したがって、フルフォード元判事が指摘するようにICC規程25条3項 (a) にも (b) にもあてはまりそうな事実があるとき、まず (a) にあてはめてみてそれで足りる——法的な評価が尽くされる——のであれば、(b) 以下の検討にあえて立ち入る必要はないのである。

第2に、処罰範囲の明確化である。そもそも、ICC対象犯罪は、冒頭でも付言したように、重大犯罪に複数人が関与している事例がほとんどである。そして、それらの関与の態様は必ずしも一様ではない。したがって、複数人が、まったく異なる態様・度合で犯罪に関与することも可能である。ゆえに、学説によって強く指摘されているように⁴¹⁾、可罰的な関与形式によって根拠づけられる刑事責任の外側の限界 (= 不可罰の関与行為と可罰的な関与行為との限界) を決定することだけではなく、可罰的な関与行為の内側の限界 (= 正犯と共犯の限界) を決定することにも必要になってくる。すなわち、外側の限界として、ICC規程25条3項のいずれかにおよそ該当するか否かだけではなく、内側の限界として、ICC規程25条3項 (a) から (d) までのどれに該当するかを決定することが重要なのである。

第3に、狭義の共犯の従属性による処罰範囲の限定である。一般的に、共犯の正犯に対する従属性 (非独立性) といわれる場合、さまざま理解がありうる⁴²⁾ が、ICCは、いわゆる「共犯の実行従属性」がICC規程25条3項

40) *Fulford, supra* note 23, para. 8.

41) *Gerhard Werle/Boris Burghardt, Die mittelbare Mittäterschaft – Fortentwicklung deutscher Strafrechtsdogmatik im Völkerrecht?*, in: *René Bloy u.a. (Hrsg.), Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag*, Berlin 2010, S. 852; オステン (前掲注23) 493頁など参照。

42) 井田良『講義刑法学・総論』有斐閣 (2008年) 482頁では、「従属性原則による限定」として、①制限従属性、②罪名従属性、および、③故意への従属性の3つが挙げられている。

(a) から (d) は寄与度に応じて順に非難の程度・段階に序列があるということの間接的に裏づけているとしている⁴³⁾。この場合、とくに重要なのは、ICC規程25条3項 (f) の「未遂」規定である。とりわけ、未遂の対象範囲について、ICC規程25条3項 (f) 「未遂」規定とICC規程25条3項 (b) ・ (c) とを見比べて解釈した場合、いわゆる「共犯の(実行)従属性」が導き出されるため、正犯と共犯が区別されるとされている⁴⁴⁾。具体的にみれば、ICC規程25条3項 (f) 前段では「当該犯罪の実行を試みること」([a]ttempts to *commit* such a crime) と規定されているため、いわゆる正犯の未遂が処罰されているのに対して、共犯の未遂は処罰されていない。言い換えれば、「犯罪の実行」、すなわち、「犯罪を行う」(ICC規程25条3項 (a)) といういわゆる正犯の未遂は処罰されている一方、他方で「命じ、教唆し、又は勧誘すること」(ICC規程25条3項 (b)) といういわゆる「教唆の未遂」若しくは「ほう助し…又はその他の方法で援助すること」(ICC規程25条 (c)) といういわゆる「幫助の未遂」は処罰されていないのである。

さらに、ICC規程25条3項 (b) と (c) では、「既遂又は未遂となる当該犯罪の実行」((b) *the commission of such a crime which in fact occurs or is attempted*; (c) *its commission or its attempted commission*) を正犯が行ったことがそれぞれで可罰性の前提条件であると明記されている。したがって、ここからは、ICC規程25条3項 (a) (いわゆる正犯) にいう「犯罪を行う」ことに着手しなければ、ICC規程25条3項 (b) と (d) の帰責形式(いわゆる共犯) も成立しないといえる。ゆえに、いわゆる「共犯の(実行)従属性」が導き出される。したがって、以上のことの論理的帰結として、ICC規程25条3項 (a) は、少なくともICC規程25条3項 (b) と (c) に対しては優位な帰責形式である、ということができる。

また同様に、ICC規程25条3項 (d) でも「既遂又は未遂となる当該犯罪の実行」(*the commission or attempted commission of such a crime*) に対する「その他の方法での寄与」が必要であると明記されている。ゆえに、ここからもICC規程25条3項 (a) に対する (d) の「(実行)従属性」が導き出される。したがって、後述 (5. 2. 2) のように、このことから「正犯」

43) TC, para. 998.

44) TC, para. 998. なお、オステン (前掲注8) 116頁以下も参照。

であるJCEが (d) に含まれていると考えることは困難である。

第4に、量刑の指針である⁴⁵⁾。すなわち、関与形式は、「犯罪の重大さ」を評価する上での重要な要因の1つとみなされ、量刑段階でも考慮されるべきである。ICC規程の量刑に関する規定としては、まず、ICC規程78条が重要である。同1項では、極めて一般的に、「裁判所は、刑の量定に当たり…犯罪の重大さ…を考慮する」と規定されている。しかし、ここからは「関与形式」が量刑に及ぼす影響についてまでは看取されえない。もう少し示唆的であるのは、ICCの手続及び証拠に関する規則145条である。同1項 (c) によれば、ICC規程78条1項に従って刑の量定をする際には、「有罪判決を受けた者の関与の程度」(the degree of participation of the convicted person) も考慮するものとされている。このように、条文の文言が簡素であるという意味では、たしかに、ICC規程には関与形式を量刑の際にも必ず考慮するよう要求する明示の規定はない。すなわち、ICC規程25条、28条および78条では、量刑の際には関与形式を考慮しなければならないということや、ある一定の関与形式が量刑を必要的であれ任意的であれ加重すると減軽するとも明言されていない。しかしながら、もしもICC規程25条3項 (a) から (d) までの関与形式に「価値的な序列」があるとすれば、「裁判官の過度に広範な裁量に極めて望ましい制限を課す…ことができるようになる」⁴⁶⁾。なぜならば、「合理的に構造・階層化され、かつ、段階化された評価は…量刑の過程をより透明…なものにして、事後検証を可能にする」からである⁴⁷⁾。言い換えれば、「国際刑法上の…主要な刑事責任は、量刑の段階に入ってからようやく表明されるのではなく、すでに関与形式の段階で適切に評価されているべき」なのである⁴⁸⁾。

第5に、訴訟法上の観点である。国際刑事法においても、国内刑事法と同様に、被告人に不意打ちとならないようにするためには、犯罪事実だけではなく、犯罪事実に対する法的評価、すなわち、犯罪とその関与形式に

45) Werle/Burghardt, *supra* note 27, pp. 306, 311-313.

46) オステン (前掲注23) 495頁。

47) 同上。

48) Claus Kreß, Cluas Roxins *Lehre von der Organisationsherrschaft und das Völkerstrafrecht*, GA 2006, S. 308.

関する罰条なども訴因として特定されていることが大いに望ましいといえる。この点、ICC裁判所規則52条、とりわけ同 (c) によれば、起訴状には、「ICC 規程 6 条、7 条又は 8 条に基づく犯罪となるべき事実およびICC規程25条および28条に基づく詳細な関与形式となるべき事実の両方の事実に関する法的評価 (legal characterization)」を含めるものとする規定されている。さらに、ICC裁判所規則55条でも、ICCは、訴因の変更にあたって、あくまでも起訴状の内容を超過しないという制約の下で、これらの「犯罪事実」と「関与形式の詳細」に関する「法的評価」を修正することが許されているにすぎない。ゆえに、被告人の防御権に配慮した訴因の特定という訴訟法上の観点からはICC裁判所規則でも「関与形式」が重視されているといえる。そして、このように訴訟法上の観点からも「関与形式」に比重が大きく置かれていることも、ICC規程の「関与形式」には個人の刑事責任の程度に基づく規範的な差異・序列があるということを示唆しているように思われる⁴⁹⁾。

以上の理由から、ICC規程25条3項 (a) から (d) までの関与形式は、個々に独立に存在するさまざまな規定の寄せ集めとしてではなく、首尾一貫性をもって相互に関連している一連の法体系として理解されるべきである。すなわち、ICC規程25条3項 (a) から (d) までの関与形式は、ICC対象犯罪の関与者に対する非難可能性ないし刑事責任の程度に応じて序列化されている規範的な帰責形式の枠組みと考えられるのである。

4. 行為支配論の意義

4. 1. ICCへの決定的な影響

行為支配論はICCに決定的に重要な影響を及ぼしている。というのも、前述 (3. 4) のように、ICCは、ICC規程25条3項において正犯・共犯を区別していたが、その基準（言い換えれば、正犯性を根拠づける基準）を、後述 (5. 2. 3) のように、「行為支配」概念に求めているからである。

49) *Werle/Burghardt, supra* note 27, pp. 308-309; オステン（前掲注23）498頁参照。

50) 例えば、TC段階の2011年6月1日のProsecution's Closing Brief, ICC-01/04-01/06-2748-Red, paras. 62-66 with fns. 104-113 で は、*Claus Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft*, 7 Aufl., Berlin, New York 2000, S. 280 ff. が6回にわたって引用されている。

さらに重要なことに、ICC（検察局⁵⁰⁾を含む）の「行為支配論」は、ドイツの「行為支配論」が議論の土台になっている。具体的には、まずドイツの刑法学者クラウス・ロクシンの見解⁵¹⁾をスタキッチ事件でICTYの第一審裁判部判決が直接的に引用し⁵²⁾、次にICCの予審裁判部がその判決を引用し⁵³⁾、続くICCの第一審裁判部判決では示唆にとどまったものの⁵⁴⁾、最終的にはICC上訴裁判部がICCの予審裁判部決定を引用する⁵⁵⁾ という形で、ロクシンに代表されるドイツの「行為支配論」はICCで次々に引用されてきたのである。

以下では、この概念をめぐる、わが国での用語の理解（4.2）、および、この概念の中身（4.3）について、若干の考察を加える。

4.2. 用語

本稿はICCが「control over the crime approach」ないし「control over the crime theory」と表現している概念を「行為支配論」と訳出して使用する。我が国の（とくに国際法を中心とする）学説の中には、これを「コントロール〔の〕理論」⁵⁶⁾、「犯罪管理の原理」⁵⁷⁾、あるいは「犯罪〔に対する〕支配アプローチ」⁵⁸⁾などと訳しているものもあるが、これらは日本語での議論を

51) *Roxin*, a.a.O. (Fn. 50), S. 278 f.

52) ICTY 2003年7月31日第一審裁判部判決 (*Stakić*, IT-97-24-T), para. 440 with fns. 945-948.

53) PTC, para. 342 with fn. 422, para. 347. ただし、この段階でロクシンの名前と著作は直接的には引用されなくなっている。

54) TC, para. 994 with fn. 2702. なお、*Fulford*, *supra* note 23, para. 10 with fns. 19-20 も参照。

55) AC, para. 469 with fn. 873, para. 473.

56) 木原正樹「〔48〕ルバンガ事件」杉原高嶺＝酒井啓亘〔編〕『国際法基本判例50〔第2版〕』三省堂（2014年）所収191頁、同（前掲注12）20頁以下、佐藤宏美「共同犯罪集団（Joint Criminal Enterprise）の法理と慣習国際刑法」国際法外交雑誌111巻4号（2013年）60頁。

57) 稲角光恵「国際刑事裁判所初のルバンガ事件判決の意義と課題」金沢法学55巻1号（2012年）65頁。

58) 石井（前掲注17）141頁、古谷修一「個人の国際責任と組織的支配の構造」国際法外交雑誌109巻4号（2011年）61頁。

混乱させる虞のある訳語であるように思われる。なぜならば、この概念それ自体は明らかにドイツ語の「Tatherrschaftslehre」に由来しており⁵⁹⁾、そしてこのドイツ語にはすでに日本の刑法学上「行為支配論(説)」という「定訳」⁶⁰⁾があるからである⁶¹⁾。実際には、この「Tat」には「行為と結果」を含む「所為」の意味がある。具体的な例を挙げれば、「犯罪とは、構成要件に該当する、違法、かつ、有責な行為である」という日本語も、ドイツ語の「Eine Straftat ist eine tatbestandsmäßige, rechtswidrige und schuldhaft Handlung」の訳語である。したがって、「Tat」には「Crime」という意味が本来的に含まれている。この点、正確には「犯罪支配論」であるのではないかという指摘もありえるのかもしれないが、日本語で「犯罪」と訳出するとあたかも「違法性」と「有責性」をも「支配」しているかのような印象を与えるので、それも正確性を欠いているように思われる。

59) ICCは*Claus Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft*, 8. Aufl., Berlin 2006 を明確に引用している。AC, para. 475 with fn. 875. なお、PTC, para. 330 も参照。

60) 団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』創文社(1990年)372頁は「行為支配(事実支配)(Tatherrschaft)」、福田平『全訂刑法総論〔第5版〕』有斐閣(2011年)282頁は「行為支配説(Tatherrschaftslehre)」、大塚仁『刑法概説(総論)〔第4版〕』有斐閣(2008年)280頁は「いわゆる行為支配(Tatherrschaft)」としている。また、橋本正博『「行為支配論」と正犯理論』有斐閣(2000年)3頁では、『「正犯性と行為支配(Tatherrschaft und Täterschaft)」』というのが、ドイツ刑法学における行為支配論の今日の隆盛を決定づけたクラウス・ロクシンの論文題名である(さらに、同箇所注1〔同書45頁〕によれば、『「行為支配」』という用語が既に定着し、ひとつの術語として市民権を得ているとみなされる)とされている。また、*Roxin, a.a.O. (Fn. 29), § 25 Rn. 6*の邦訳であるクラウス・ロクシン〔著〕=山中敬一〔監訳〕『ロクシン刑法総論第2巻〔犯罪の特別現象形態〕〔翻訳第1分冊〕』信山社(2011年)10-11頁(山中友里〔訳〕)でも「Tatherrschaft」は「行為支配」と訳出されている。

61) なお、平良木登規男「共謀共同正犯について」福田雅章ほか〔編〕『福田平博士・大塚仁博士古稀祝賀論文集 刑事法学の総合的検討(下)』有斐閣(1993年)所収478頁の「もともと、わが国で述べられている『行為支配説』が、ドイツの“Tatherrschaft” から来ているものであるとはいえ、…“Tat” を、従前いわれているように、『行為』とするのは、必ずしも適当でなく、端的に『構成要件事実そのもの』を指す」という指摘も重要である。

結局のところ、完全にドイツ語の「Tat」の意味を捕捉しえているわけではないものの——また、訳語を統一させたからといって、ICCにおける行為支配論とドイツにおけるそれとがまったく同一のものとして扱われうるわけではないものの⁶²⁾——「行為支配論」という訳語が日本の刑法学には根づいているのであるから、「行為支配論」と統一的に訳出する方が誤解を生

62) 厳密には、ドイツ語の「Tat」も、必ずしも英語の「crime」と完全に一致しているわけではなく、「act」と英訳されることもある。例えば、*Fulford, supra* note 23, para.10 with fn. 20 では、「Roxin, Claus, 'Täterschaft und Tatherrschaft (Perpetration and control over the act)', 6th Edition, Berlin, New York, 1994」と訳され、*Kai Ambos, Treatise on International Criminal Law – Vol. I: Foundations and General Part*, Oxford 2013, p. 151 では、「the control of/over the act theory (Tatherrschaftslehre)」と訳されている。また、*Gerhard Werle/Boris Burghardt, Introductory Note – Claus Roxin on Crimes as part of Organized Power Structures*, JICJ, Vol. 9 (2011), p. 191 では、「'domination of the act' (Tatherrschaft)」と紹介されている。さらに、同ロクシン論文の翻訳（英訳は*Belinda Cooper*による。原著は*Claus Roxin, Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate*, GA 1963, S. 193-207である）JICJ, Vol. 9 (2011), p. 196 では、「control over the act [Tatherrschaft]」と訳出されている。しかしながら、オステン（前掲注23）474頁注11によれば、「ICCでは、（当時、担当予審裁判部に勤務していた、スペイン人刑法学者でドイツ刑法理論に精通するエクトル・オラソロ（*Héctor Olásolo*）元調査官らの提言に基づき）“Crime”（control over the crime）という英訳がなされた」とされている。実際、*Héctor Olásolo, The Criminal Responsibility of Senior Political and Military Leaders as Principals to International Crimes*, Oxford 2009, p. 36 では、ドイツの「行為支配論」を論じる文脈で、「the theory of control over the crime」という文言が使用されている。さらに、*Héctor Olásolo/Ana Pérez Cepeda, The Notion of Control of the Crime and its Application by the ICTY in the Stakić Case*, ICLR, Vol. 7 (2004) pp. 478-479 with fn. 7 では、明確に、「the notion of the control of the crime」は、ドイツ語で「Tatherrschaft」、スペイン語で「domino del hecho」というとされている。なお、アンボスは*Héctor Olásolo, The Criminal Responsibility of Senior Political and Military Leaders as Principals to International Crimes*, Oxford 2009 に寄せた跋文（p. 334 with fn. 13）で、「Tatherrschaft」について、「オラソロおよび〔ICC〕予審裁判部第1法廷は、『control over the act〔原文のママ〕』という文言を使用している。しかし、字義通りの『Herrschaft』の意味は、『domination』である。したがって、より正確に翻訳すれば『domination of the act』となろう」と指摘している。

じなくてよいと考える。

4. 3. 内容

行為支配論とは、犯罪に対する「行為支配」(Tatherrschaft)が「正犯性」(Täterschaft)を根拠づけるとする理論である。ゆえに、結局は、「正犯」と「共犯」を区別するための概念であるといえる。すなわち、「正犯」とは、犯罪において中心的な役割を果たしているため、「犯罪（行為）を支配している者」であるのに対して、「共犯」とは、犯罪において副次的な役割しか果たしていないため、「犯罪（行為）を支配してはいない者」である⁶³⁾。なお、行為支配論については、たしかに、ある意味では多義的な側面もあって、必ずしもこの理論を支持する論者によっても完全に統一的に理解されているわけではなく、異論・反対説も存在している⁶⁴⁾。しかしながら、ドイツの学説において通説であり⁶⁵⁾、日本でも有力に主張されている⁶⁶⁾。

この理論は、「正犯」と「共犯」を区別するだけでなく、各種の正犯形式をも区別している。すなわち、一般的にみて見解が概ね一致していると思われるのは、①直接正犯、②間接正犯、③共同正犯という——ドイツ刑法典25条「正犯」に存在する——3つの「正犯」形式は、さらに行為支配論の3つの派生原理によってそれぞれ別個に根拠づけられるということである⁶⁷⁾。具体的には、①直接正犯は、自ら行為を実行する者が自己の行動を直接的に支配する「行動支配」(Handlungsherrschaft)によって説明される。②間接正犯は、ある者が意思の強制や錯誤の利用などによって「他の者」をあたかも「道具」のように使役することで行為を間接的に支配する「意思支配」(Willensherrschaft)によって根拠づけられる。そして、③共

63) *Roxin*, a.a.O. (Fn. 29), § 25 Rn. 10.

64) *Ernst-Joachim Lampe*, Tätersystem – Spuren und Strukturen, *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft* (zit.: ZStW), Bd. 119 (2007), S. 475 ff.; *Volker Haas*, Kritik der Tatherrschaftslehre, ZStW, Bd. 119 (2007), S. 519ff; *ders.*, Die Theorie der Tatherrschaft und Ihre Grundlagen, 2008, S. 23 ff.

65) *Bernd Schünemann*, § 25 StGB, in: *Heinrich Wilhelm Laufhütte* u.a. (Hrsg.), *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1., 12. Aufl., Berlin 2006, Rn. 7.

66) 井田（前掲注42）437頁以下など参照。

67) *Wessels* u.a., a.a.O. (Fn. 38), § 13 Rn. 512.

同正犯は、他の者と役割（機能）を分担している者が、自己に課されているその役割（機能）を果たさないのであれば、行為それ自体が頓挫するという意味で、行為を他の者と共同して支配する「機能的行為支配」(funktionelle Tatherrschaft) によって特徴づけられる。

次節では、まず、ICC規程25条3項(a)の意義を確認し(5.1)、次に、ICCによる行為支配概念の採用過程を通して(5.2)、ICCにおける正犯論をさらに検討してみたい。

5. ICCにおける正犯論

上訴裁判部は、ICC規程の「体系的な解釈」に依拠して行為支配論を導き出していることをとくに強調している⁶⁸⁾。これは極めて重要である。なぜならば、これまでのICCの方法論は、ドイツという特定の国の行為支配論という特定の法理論を一方的に受容したものとして、一部では批判されてきたからである⁶⁹⁾。しかし、行為支配論は、ICC規程21条1項(c)「国内法から見いだした法の一般原則」としてではなく、あくまでも——既述(3.1)のように——同(a)にいう「第一に」適用される法としての「ICC規程」の体系的・目的的解释から導き出されている。このことは、ICC規程の枠組み内で正犯性を根拠づける理論としての客観説、主観説、行為支配論の3説を比較・検討することによって、いっそう明確になる。

以下では、まず、ICC規程における「正犯規定」としてのICC規程25条3項(a)の内容と意義について概観した後に(5.1)、さらに順次、ICC規程25条3項(a)を客観説、主観説、行為支配論によって解釈することによって(5.2)、行為支配論の妥当性を浮き彫りにしてみたい。

5.1. ICC規程における「正犯規定」としてのICC規程25条3項(a)

既述(3.2)のように、ICC規程25条3項(a)では3つの「正犯」類型が規定されている。すなわち、①直接正犯(同(a)1類「単独で…犯罪を行うこと」)、②共同正犯(同(a)2類「他の者と共同して…犯罪を行うこ

68) AC, para. 470.

69) *Fulford*, *supra* note 23, paras. 10-12; *van den Wyngaert*, *supra* note 4, para. 17.

と）、および、③間接正犯（同（a）3類「他の者を通じて…犯罪を行うこと」）の3つである。

ICC規程25条3項（a）におけるこの3つの正犯類型は、ドイツ刑法25条⁷⁰⁾を彷彿とさせるような構造をしている⁷¹⁾。もちろん、ICC規程の準備作業（*travaux préparatoires*）を振り返ってみても、ICC規程25条3項（a）が明確にドイツ刑法25条に依拠していることを示す証拠はない⁷²⁾。また、ドイツ刑法25条の場合、同1項前段では、直接正犯、すなわち、「自ら…犯罪行為を行った者」について規定され、同1項後段では間接正犯、すなわち、「他の者を通じて犯罪行為を行った者」について規定され、そして2項で共同正犯の場合、すなわち、「複数の者が共同して犯罪を行った」場合について規定されているため、それぞれの正犯類型が規定されている位置もICC規程のそれとは微妙に異なっている。しかし、それにもかかわらず、ICC規程でもドイツ刑法でも直接正犯、共同正犯、間接正犯という3つの正犯形式が明文によって是認されていることは大きな共通点であるといえる。

本稿の主たる関心事は、冒頭でも述べたように、むしろ共同正犯である。しかしながら、共同正犯については、節を改めて下記（6）でも検討するため、また、ICC規程25条3項（a）3類の間接正犯には、他の2つの正犯形式とは異なり、ドイツ刑法とICC規程との間の大きな相違点の1つが存在しており、かつ、ICCにおける正犯論の枠組みを把握するためにも有用であるため、以下では、ドイツ刑法および日本刑法との対比を念頭に置きながら、共同正犯ではなく、まずは間接正犯について概観してみたい。

5.1.1. ICC規程25条3項（a）3類

——史上初の条約上の「間接正犯」規定

ICC規程25条3項（a）3類は、国際条約において初めて間接正犯を明文化した規定である⁷³⁾。同規定によれば、間接正犯とは、「他の者が刑事上の

70) 法務省大臣官房司法法制部司法法制課〔編訳〕（前掲注13）25頁参照。

71) 増田（前掲注17）894頁注1も、「ローマ〔ICC〕規程における『正犯』規定の形式は、ドイツ刑法のそれに近いといえる」と評している。

72) *van den Wyngaert, supra note 4, para. 13.*

73) *Eser, supra note 18, p. 793; Jessberger/Geneuss, supra note 5, p. 857 with fn. 19.*

責任を有するか否かにかかわりなく当該他の者を通じて犯罪を行うこと」と定義されている。このように「間接正犯」概念がICC規程で明文によって是認されたことは、これまでのアド・ホック法廷で「間接正犯」の概念それ自体が明確に否定されてきた⁷⁴⁾ということを考え合わせると、非常に画期的であるといえる。また、さらに決定的に重要なことには、ICC規程25条3項(a)3類では「他の者が刑事上の責任を有するか否かにかかわりなく」と規定されているため——ドイツ刑法典25条1項後段にいう「間接正犯」⁷⁵⁾よりも内容的にはさらに踏み込んで⁷⁶⁾——いわゆる「正犯の背後の正犯」という法概念も、ICC規程上、明文では是認されている。

5. 1. 2. ICC規程25条3項(a)3類と「正犯の背後の正犯」

「正犯の背後の正犯」(*Täter hinter dem Täter*)とは、ドイツでは、「行為介在者に完全な刑事上の答責性がある場合の間接正犯」(*mittelbare Täterschaft bei voll verantwortlichem Tatmittler*)と理解されている⁷⁷⁾。日本でも、「利用される者の行為が犯罪といえるときにも、それを利用する間接正犯を考えてもよい場合がある、とする考え」という形で、すでにその存在は認識されている⁷⁸⁾。この考え方によれば、「答責性原則」(*Verantwortungsprinzip*)、すなわち、「すべての者は、自己の行為についてしか答責性を有さず、他の者が自由意思に基づいて行った行為については答責性を有さない」⁷⁹⁾という原則は——たとえ部分的・例外的であるとして

74) ICTY 2006年3月22日上訴裁判部判決 (*Stakić*, IT-97-24-A), para. 62. なお、ICTY 2006年3月22日第一審裁判部決定 (*Milutinović*, IT-05-87-PT), para. 40; ICTR 2008年3月12日上訴裁判部判決 (*Seromba*, ICTR-2001-66-A), Dissenting Opinion of Judge Liu, paras. 8 *et seq.* も参照。

75) ドイツ刑法における「間接正犯」概念については、後藤啓介「間接正犯論の新展開——ドイツ刑法の現状が日本刑法に示唆するもの——」慶應法学24号(2012年)163頁以下も参照。

76) *Kreß*, a.a.O. (Fn. 48), S. 307.

77) *Günter Heine/Bettina Weißer*, § 25 StGB, in: *Albin Eser* (Hrsg.), *Schönke-Schröder Strafgesetzbuch Kommentar*, 29. Aufl., München 2014, Rn. 22-30.

78) 斉藤誠二「いわゆる『正犯の背後の正犯』をめぐる」警察研究55巻10号(1984年)8頁。なお、後藤(前掲注75)169-171頁も参照。

も——破られ、被利用者である「正犯」が（完全な）答責性を有して行為を行った場合であっても、背後者の「正犯性」が肯定されることになる。

「間接正犯」および「正犯の背後の正犯」についてのドイツ刑法学および日本刑法学での議論状況を概観してみれば、以下のようになる。

まず、ドイツでは、間接正犯という概念それ自体は、100年以上前から判例・学説によって認められていた⁸⁰⁾。そして、1975年の刑法典改正によって、ドイツ刑法典25条1項後段に「他の者を通じて犯罪行為を行った者は、正犯として罰せられる」という間接正犯の明文規定が置かれている。この条文の創設当時は、「正犯の背後の正犯」が是認されるか否かについては、ドイツでも、学説上争いがあった。そのため、この問題についての明確な態度決定を避けるべく、ドイツの立法者は、間接正犯の中身をあえて細かく規定しない方針を採っていた⁸¹⁾。実際、同25条1項後段によれば、既述のように、間接正犯とは、「他の者を通じて犯罪行為を行った者」と簡潔に規定されているにすぎない。しかしながら、その後の判例・学説は、ただの責任減少事由でしかない回避しうる禁止の錯誤の事例⁸²⁾（錯誤を利用した間接正犯）および組織的権力機構を利用した事例⁸³⁾（組織支配を利用した間接正犯）などでは答責原理を否定し、「正犯の背後の正犯」を是認するようになっている⁸⁴⁾。さらに、近時のドイツの判例では、「枠条件の創出」と「枠条件の利用」の2つを要件とする「通常の経過を利用した間接正犯」とで

79) *Harro Otto*, Grundkurs Strafrecht – Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Berlin 2004, § 6 Rn. 49; *Luís Greco*, Organisationsherrschaft und Selbstverantwortungsprinzip, ZIS, Bd. 1 (2011), S. 9 ff.

80) *Schünemann*, a.a.O. (Fn. 65), § 25 Rn. 60 f.

81) BTDrucks. IV/650 S. 149 sowie die Protokolle des BT-Sonderausschusses für Strafrechtsreform V 1821, 1826.

82) BGHSt 35, 347 (1988年9月15日判決)。なお、後藤（前掲注75）171-174頁も参照。

83) BGHSt 40, 218 (1994年7月26日判決)。さらに、後藤（前掲注75）174-177頁、鈴木彰雄「組織的権力機構による間接正犯——ドイツ連邦通常裁判所一九九四年七月二六日判決の検討」関東学園大学法学紀要5巻1号（1995年）87頁以下、同「ドイツ刑法における『組織的権力機構による間接正犯』の理論」関東学園大学法学紀要11巻2号（2001年）113頁以下なども参照。

もいうべき新たな概念も登場している⁸⁵⁾。

次に、日本では、たしかに、まず、そもそもの間接正犯の明文規定が刑法典には存在しない⁸⁶⁾。そして、「正犯の背後の正犯」が主流の考え方として判例・学説では是認されているわけでもない。なぜならば、「構成要件実現についての正犯性が背後者のみにある（または、主として背後者にある）」場合にしか間接正犯は是認されない⁸⁷⁾からである。とはいえ、間接正犯の重要性が一般的に否定されているとまではいえない。というのも、正犯でない他の者をあたかも「道具」のように利用した間接正犯については、その基準や成立範囲については意見が完全に一致しているわけではないものの、判例⁸⁸⁾・学説⁸⁹⁾でも一般的に是認されているからである。さらに学説の中には、「間接正犯が認められるためには、共同正犯の場合よりも強度の犯罪主体性ないし支配性が必要である」として、「検討の順序としては、まずは間接正犯の成否を確認し、それが否定されたとき、次に共同正犯の成否を検討する」という形で⁹⁰⁾、間接正犯の解釈上の優先性を認めている見解さえも存在している。

84) Bernd Schünemann, Die Rechtsfigur des “Täters hinter dem Täter” und das Prinzip der Tatherrschaftsstufen in: *Andreas Hoyer* u.a. (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2006 (zit.: FS-Schroeder 2006), S. 403 など参照。なお、同論文はZIS, Bd. 7 (2006), S. 301 ff. (S. 302) に再録されている。

85) 関連する判例・学説について、詳しくは、後藤（前掲注75）193-205頁を参照。

86) なお、1974年の改正刑法草案26条2項には、「正犯でない他人を利用して犯罪を実行した者も、正犯とする」という間接正犯についての明文規定が設けられていた。

87) 井田（前掲注42）447頁。

88) 例えば、大判大正7〔1918〕年11月16日刑録24輯1352頁（食品の中に毒薬が入っているという事情を知らない郵便職員および被害者を行為者が利用しようとした間接正犯の事例）、最小一決昭和58〔1983〕年9月21日刑集37巻7号1070頁（是非弁別能力を有する刑事未成年者を利用して窃盗を行った者について間接正犯が成立するとされた事例）など参照。

89) 間接正犯に関する邦文の研究書としては、大塚仁『間接正犯の研究』有斐閣（1958年）、中義勝『間接正犯』有斐閣（1963年）、西原春夫『間接正犯の理論』成文堂（1962年）などがある。

90) 井田（前掲注42）447頁。

このように、ドイツと日本における「間接正犯」概念は、むしろ理解が重複している部分もあるものの、それぞれに異なった理解の仕方をされている部分もあるのであって、決して同一の理解に服しているわけではない。しかしながら、ICC規程25条3項(a)3類では、「他の者が刑事上の責任を有するか否かにかかわらず」と明示されているため——日本刑法はいうまでもなく、ドイツ刑法25条1項後段よりも——内容的にはさらに踏み込んでいる。すなわち、ICCにおいては、いわゆる「正犯の背後の正犯」という法概念が、明文によって是認されている。そして、それは、次節(5.1.3)で概観するように、ICCの判例をさらに発展させる可能性を秘めているのである。

5.1.3. ICC規程25条3項(a)3類と「組織支配に基づく間接正犯」

ICC規程25条3項(a)3類は、「組織支配を利用した間接正犯」(*mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft*)を是認する余地をも十分に含んでいる。実際、この理論は、既述(5.1.2)のように、BGHの判例としても、さらにはドイツ国内を越えて中南米諸国の判例としても(とりわけ、ペルーのフジモリ事件)⁹¹⁾、またICCの予審裁判部でも採用されるに至っている⁹²⁾。この「組織的権力機構を利用した間接正犯」の最大の特徴は、組織の支配者が、機構を支配することを通じて、すなわち、組織支配を通じて、自己の部下をあたかも「巨大な機械の単なる歯車」⁹³⁾として利用することによって、自己が目指している犯罪構成要件の結果を自動的・機械的にほぼ

91) 最近の注目すべき判例としては、ペルーのフジモリ元大統領に対して下された一連の判決(Urteil vom 7. April 2009 der Sonderstrafkammer [Sala Penal Especial] des Obersten Strafgerichtshofs Perus [Corte Suprema de Justicia de la República de Perú], und vom 3. Januar 2010 der ersten Übergangsstrafkammer [Primera Sala Penal Transitoria] des Obersten Strafgerichtshofs Perus [Corte Suprema de Justicia de la República de Perú])がある。判決の事実認定によれば、元大統領は、複数の事件で「特殊治安部隊を通じて」謀殺、故殺、誘拐などを行ったとされ、有罪とされた。なお、ZIS, Bd. 11 (2009) には、*Thomas Rotsch* (S. 549 ff.); *Kai Ambos* (S. 552 ff.); *Claus Roxin* (S. 565 ff.); *Friedrich-Christian Schroeder* (S. 569 ff.); *Günther Jakobs* (S. 572 ff.); *Rolf Dietrich Herzberg* (S. 576 ff.) らドイツの刑法学者らによるものを含む判例の評釈ならびに判決(抜粋)の独訳(S. 622 ff.)と原文(S. 658 ff.)が掲載されている。

確実に惹起させることができるというメカニズムにある⁹⁴⁾。それゆえ、このような結果発生の確実性という観点からは、近時、組織支配とは、結局のところ、「結果に対する支配」であるともいわれている⁹⁵⁾。

5. 1. 4. ICC規程25条3項 (a) 3類の意義

いずれにせよ、ICC規程25条3項 (a) という「正犯規定」は、ドイツ刑法と類似した構造でありながらも、あたかもドイツの現状を反映しているかのように、間接正犯について、内容的にはドイツ刑法典よりもさらに踏み込んだ態度決定をしていると評することができる。そして、次節 (5. 2) で詳述するように、この条文は、現在のICC実務でも重要な役割を果たしている。

さらに、後述 (6) では、上述したドイツの判例・学説のように、ICCでも直接正犯の背後者による間接正犯が是認される場合、共同正犯との関係では、間接正犯と共同正犯とが共存ないし併存する可能性があるという間

92) PTC, paras. 322 *et seq.*; ICC 2008年 9 月30日 予審裁判部決定 (*Katanga and Chui*, ICC-01/04-01/07), paras. 495 *et seq.*; *Kreß*, a.a.O. (Fn. 48), S. 304 ff. (S. 308); *Henning Radtke*, Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft im nationalen und internationalen Strafrecht, GA 2006, S. 350 ff. この点は、ロクシン自身も「私が考案した『組織的権力機構に基づく間接正犯』という法的形態は…国際刑事裁判所の規程の中に受け継がれた」と述べている。クラウス・ロクシン〔著〕＝佐藤拓磨〔訳〕「ドイツの理論刑法学の最近の状況について」刑法雑誌49巻2・3号 (2010年) 206頁、*Claus Roxin*, Zur neuesten Diskussion über die Organisationsherrschaft, GA 2012, S. 395 ff. なお、これらのICCの予審裁判部決定に関する邦文献としては、オステン (前掲注8) 111頁以下、後藤 (前掲注17) 31頁以下も参照。

93) *Claus Roxin*, § 25 StGB, in: *Burkhard Jähnke* u.a. (Hrsg.), *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1., 11. Aufl., Berlin 2003, Rn. 128.

94) 組織支配を利用した間接正犯の成立要件および関連する学説について、詳しくは、後藤 (前掲注75) 174-193頁も参照。

95) *Claus Roxin*, Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit, in: FS-Schroeder 2006, S. 399 f. なお、同論文はZIS, Bd. 7 (2006), S. 293 ff. (S. 299 f.) に再録されている。また、批判的な文脈では、*Thomas Rotsch*, Neues zur Organisationsherrschaft, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (zit.: NStZ) 2005, S. 13 ff. (S. 16) も参照。

題意識⁹⁶⁾から、この間接正犯概念と共同正犯概念の交錯についても論じることとする。

5.2. ICC規程25条3項における「正犯」と「共犯」の区別

前述（3.4）の通り、ICCにおいては「正犯・共犯体系」が採用されており、間接正犯概念もそのような関与形式体系の中に位置づけられる。そこで次に問題となるのは、正犯と共犯がどのような基準に基づいて相互に区別されるべきか、ということである。この点に関して、ICCは、客観説（5.2.1）、主観説（5.2.2）、および、行為支配論（5.2.3）という3つの見解を取り上げ、それぞれ検討し、最終的には、行為支配論を採用している。

5.2.1. 客観説の不採用

客観説（objective approach）とは、予審裁判部によれば、「犯罪の一以上の客観的要素を物理的に実行した者のみが、当該犯罪の正犯である」とする見解である⁹⁷⁾。ゆえに、この説によれば、「構成要件の一部を自ら実行していること」が正犯性を根拠づける。これは、ドイツや日本で形式的客観説（formal-objektive Theorie）⁹⁸⁾と理解されている見解とまったく同一の考え方である。

この定義に基づいて、ICCは、ICC規程25条3項（a）3類にいう「他の者を通じて当該犯罪を行うこと」という——前述（5.1.1）のように国際条約として初めて明文化された——間接正犯の概念の存在それ自体を理由に、客観説を否定する⁹⁹⁾。実際に、他の者を通じて犯罪を行う者——例えば、古典的な事例であるが、情を知らない看護師を利用して医者が患者に毒薬入りの注射を打たせる場合の医者など——は、客観説にいうように犯罪の要素を自ら物理的に実行しているわけではない。したがって、客観説を徹底した場合、正犯の一形態としての間接正犯を説明することが困難となる。

さらに、ICCは、前述（5.1.2）のいわゆる「正犯の背後の正犯」も客

96) 後藤（前掲注75）218-224頁。なお、*Shimada, a.a.O. (Fn. 32), S. 482 f.*も参照。

97) PTC, para. 328. なお、オステン（前掲注8）121頁に当該箇所の和訳がある。

98) *Wessels u.a., a.a.O. (Fn. 38), § 13 Rn. 511*; 井田（前掲注42）436-437頁参照。

99) PTC, para. 333; AC, para. 465.

観説を否定する根拠になるとしている¹⁰⁰⁾。つまり、ICC規程25条3項(a)3類において、「他の者が刑事上の責任を有するか否かにかかわりなく」という文言が使用されていることは、物理的には犯罪を実行しない者——いわゆる「背後者」——が、物理的に犯罪を実行し、かつ、完全な刑事責任を問われる「他の者」——これは「行為介在者」であるが、同時に正犯でもある——を通じて犯罪を行いうるということをより一般的に示唆しているというのである。

学説でも、条文上も明記されている間接正犯概念を説明できないことや、共同実行に際して背後に潜んでいる者を共同正犯として捕捉できないことなどは、形式的客観説の弱点であるとして批判されている¹⁰¹⁾。なお、いわゆる実質的客観説 (*materiell-objektive Theorie*)、とりわけ危険性説 (行為に内在する構成要件実現ないし結果発生の実質的危険性を正犯性の根拠とする見解) については、ICCでは言及されていない。

いずれにせよ、このように、ICCは、ICC規程25条3項(a)を起点として、「古典的な間接正犯」概念と「正犯の背後の正犯」概念との両面から、客観説を否定している。

5. 2. 2. 主観説の不採用——いわゆる「JCE法理」との訣別

主観説 (*subjective approach*) とは、予審裁判部によれば、「犯罪の実行に対する寄与度にかかわらず、当該犯罪を行う意図 (*intent*) を共有して寄与を行った者のみが、正犯である」とする見解である¹⁰²⁾。ゆえに、この説によれば、「犯罪を行う意図を有していること」が正犯性を根拠づける。また、予審裁判部は、同じ箇所でも、いわゆる「JCE」概念又は「共通の目的」という概念を通じて、ICTYの判例では主観説が採用されていたことも確認している。

JCE (*Joint Criminal Enterprise*) とは、「共同犯罪企図」とも訳出されるICTY・ICTRなどの従前のアド・ホック法廷によってもっぱら「判例法」と

100) PTC, para. 339; AC, para. 465.

101) *Wessels u.a.*, a.a.O. (Fn. 38), § 13 Rn. 511.

102) PTC, para. 329. なお、オステン (前掲注8) 121-122頁に当該箇所の和訳がある。

して創設され、それらの法廷において「正犯」としての機能を果たしてきた法概念である（本稿では特段の事情がない限り「JCE」法理と表記する）¹⁰³⁾。とりわけ、JCE法理を史上初めて打ち出したICTYの上訴裁判部は、第二次世界大戦後の戦犯法廷などの判例を数多く引用した後に、「共通の企図」(common design) という概念は、国際慣習法上確立し、また、この概念が「たとえ暗黙のうちであるとしても [albeit implicitly]、ICTY規程上、是認されている」と述べ¹⁰⁴⁾、「犯罪の共同の企図」(joint criminal enterprise) や「共通の計画」(common plan) に対する関与が正犯性を根拠づけているとした。その後、ICTYは、ICTY規程7条1項にいう「行った」(committed) という文言がJCE法理の明文上の根拠となることを明らかにした¹⁰⁵⁾。

ICTYの上訴裁判部によれば、この法理は3つの類型に分けられるとされている¹⁰⁶⁾。まず、①第1類型の「JCE I」は、共通の目的 (common design) を有するすべての関与者に同一の共同実行の意思があり、かつ、その中の1人以上の者がそのような意思をもって当該犯罪を実際に行った場合である。これは、「共同正犯」(co-perpetrator) 事例ないし「基本的JCE」とも呼ばれる。次に、②第2類型の「JCE II」は、当該犯罪が軍事組織ないし行政組織などの組織体による強制収容所の運営などを通じて行わ

103) 多谷千香子『戦争犯罪と法』岩波書店（2006年）101頁では、この概念は「犯罪集団」と訳されている。竹村仁美「国際刑事法におけるJCE(Joint Criminal Enterprise)の概念 (1)」一橋法学6巻2号（2007年）396頁では、「共同犯罪計画あるいは共同犯罪企図といった訳語に換言できる」とされている。佐藤（前掲注56）53頁では「共同犯罪集団」と訳されている。なお、いわゆる上官責任の法理との関係では、このJCE法理は、直接的に個人責任を問いうる概念であるのに対して、上官責任の法理は、間接的に個人責任を問う概念であるとされている。Beatrice I. Bonafe, Finding a Proper Role for Command Responsibility, JICJ Vol. 5 (2007), pp. 603 *et seq.* 参照。

104) ICTY 1999年7月15日上訴裁判部判決 (*Tadić*, IT-94-1-A), para. 220.

105) ICTY 2004年2月25日上訴裁判部判決 (*Vasiljević*, IT-98-32-A), paras. 95, 102; ICTY 2004年7月29日上訴裁判部判決 (*Blaškić*, IT-95-14-A), para. 33; ICTY 2007年4月3日上訴裁判部判決 (*Brđanin*, IT-99-36-A), Separate Opinion Judge Meron, paras. 4 *et seq.*

106) ICTY 1999年7月15日上訴裁判部判決 (*Tadić*, IT-94-1-A), paras. 220 *et seq.*

れる場合である。これは「強制収容所」事例ないし「組織的JCE」とも呼ばれる。そして、最後に、③第3類型の「JCE III」は、実際に当該犯罪が共通の目的をもった集団の中の1人以上の者によって実行されたが、その実行行為が当該集団の共通の目的を超えているにもかかわらず、その実行行為が当該の共通の目的に付随することが当然かつ予見可能であった場合である。これは「予見可能」事例ないし「拡張的JCE」とも呼ばれている。

しかしながら、JCEの法理は、絶えず学説からの厳しい批判にもさらされてきた¹⁰⁷⁾。それらの批判は以下の3点に集約されうる。すなわち、(i) JCEにあるとされる3類型について、そもそもICTY規程7条1項の「行った」(committed)というたった1つの文言から、なぜ3類型もの分類がなされるのか、その理論的な根拠がほとんど不明である(規範的根拠の薄弱性)。また、(ii) JCEではもっぱら「共通の計画ないし目的」という主観的要素によって成立範囲が画定されるため、JCEに関与している者による個別の客観的な寄与の度合・程度の差異をほとんど把握しえない(主観面への偏重)。その結果、(iii) 犯罪に何らかの形で関与した者はすべて「正犯」と把握される点で責任主義¹⁰⁸⁾に反しているとの批判がある(責任主義への背理)。このなかでも、とりわけ、「JCEは責任の重い者と相対的に軽い者を同じように正犯として扱う理論である」¹⁰⁹⁾という点は、まさしく責任主義の原則を完全に無視した考え方であるといわなければならない。また、JCEのいわゆる第3類型では、JCEの構成員の一部が共通の目的を超えて犯罪を行った

107) *Kai Ambos*, Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility, JICJ, Vol. 5 (2007), pp. 167-176; 後藤(前掲注17) 45-49頁など参照。なお、批判からJCEを擁護する見解としては、例えば、*Antonio Cassese*, The Proper Limits of Individual Responsibility under the Doctrine of Joint Criminal Enterprise, JICJ, Vol. 5 (2007), pp. 109, 114-115 などがある。

108) ドイツと日本における一般的な理解によれば、責任主義(principle of culpability)とは、「違法行為への意思決定につき行為者を非難できない行為は、これを処罰することはできない」(故意又は過失に基づく非難可能性の存在)と「刑罰の分量も、行為に対する非難の程度に見合った重さの刑を超えるものであってはならない」(罪刑の均衡)という2つの内容を含んだものとして理解されている。*Werle/Burghardt*, *supra* note 27, p. 304; 井田(前掲注42) 40頁。

109) 佐藤(前掲注56) 61頁注46は、JCE法理の本質をこのように喝破している。

場合に、JCEの他の構成員にもそれが予見可能である限りで他の構成員にも共通の目的を超えた犯罪についてまで正犯としての帰責が是認されうるといふ点である。このような理解には、ジェノサイドの正犯性が「ジェノサイドの予見可能性」という「ジェノサイドの意図」よりもはるかに低い敷居で認められる虞があるなど疑問の余地がある¹¹⁰⁾。

ICCは、これらの問題を孕んでいるJCEとは訣別し、主観説から脱却する姿勢を鮮明にしている。この場合、ICCの各裁判部ではそれほど明示されているわけではないものの、ICC規程において主観説（JCE）が採用されない理由については、主として、①ICC以前の諸種の国際刑事法廷の諸規程（例えば、ICTY規程7条1項など）とICC規程25条3項との規定振りの相違、および、②JCEという主観面に偏重した概念それ自体が責任主義などの観点から妥当ではないという2つの理由が考えられる。

まず、①規定振りの相違について、ICCの予審裁判部は、客観説を否定する際には主にICC規程25条3項（a）に着目していたのとは異なり、主観説を否定する場合、ICC規程25条3項（a）と（d）とを照らし合わせて解釈することで、条文の相互関係から主観説（JCE）がICC規程の解釈としては論理的に排除される可能性を示唆している¹¹¹⁾。

ICCの予審裁判部によるこのような説示の背景には、一部の学説に、「ICC Statute 25条〔3項（d）〕は、JCEを明文で規定している」¹¹²⁾、あるいは「JCE法理は、ICCに部分的であるが引き続き採用されている」¹¹³⁾ という見解が存在していることがあると考えられる。たしかに、一部の学説では、JCEの法理は、ICTYの裁判官がICC規程25条3項（d）に触発されて発達した法概念である、あるいは共通の犯罪計画に関与したすべての者の刑事責任をカバーするのにとくに適している、として高く評価されている¹¹⁴⁾。また、ICTY自身も、JCEを正当化するにあたって、ICC規程25条3項（d）を参照している¹¹⁵⁾。

しかしながら、諸種のアド・ホック国際刑事法廷のJCE法理がICC規程25

110) 詳しくは、後藤（前掲注17）48頁も参照。

111) PTC, paras. 334-335.

112) 多谷（前掲注103）106頁。

113) 佐藤（前掲注56）73頁。

条3項(d)にも反映されているとすることにはそもそもの疑問がある。なぜならば、本来のJCE法理は、上述のように、ICTY規程7条1項にいう「行った」(committed)という文言が明文上の根拠とされているため、ICTYの論法によれば、ICC規程25条3項(a)「行う」([c]ommits)という文言でも、基本的には、JCE法理を十分に根拠づけうるはずだからである。

また、ICC予審裁判部は、「ICTYの判例であったJCE又は共通の目的」と「ICC規程25条3項(d)」とが類似しているという理解、すなわち、「主観説=アド・ホック法廷のJCE=ICC規程25条3項(d)」という理解が一部に存在していることを——多かれ少なかれ——前提とした上で、もしもICC規程の起草者が正犯と共犯(従犯)とを区別するために主観説を選択していたというのであれば、ICC規程25条3項(d)が、ICC規程25条3項(a)にいう「共同正犯」概念の基盤となっていたはずであったと指摘している¹¹⁶⁾。換言すれば、(一部の論者が主張するように)ICC規程25条3項(d)がJCEに関する規定であると仮定し、かつ、ICC規程における正犯性の基準として主観説が採用されているとすれば、ICC規程25条3項(d)の関与形式によって、すでに正犯の一形態である共同正犯が基礎づけられるということになる。このように、上記の前提によれば、ICC規程25条3項(d)にはすでにJCEが含まれているため、(a)にもJCEが含まれていると解することはできないということになる。

しかしながら、実際には、予審裁判部の上記の指摘によっても示唆されているように、ICC規程における「共同正犯」は、ICC規程25条3項(d)ではなくて、ICC規程25条3項(a)によって根拠づけられている。したがって、それだけでも、JCE I (いわゆる「共同正犯事例」)との関係で、「主観

114) *Antonio Cassese et al.*, *Cassese's International Criminal Law*, 3rd ed., Oxford 2013, p. 170; *William A. Schabas*, *An Introduction to the International Criminal Court*, 3rd ed., Cambridge 2007, pp. 211 *et seq.* (*esp.* pp. 215 *et seq.*) and *ibid.*, 4th ed., Cambridge 2011, pp. 226 *et seq.* (*esp.* pp. 229 *et seq.*) なお、*Jessberger/Geneuss*, *supra* note 5, pp. 855 *et seq.* のように、学説による多くの反論さえなければ、慣習法として定着していたかもしれないと指摘する見解もある(ただし、同論文ではICC規程上のJCE法理が肯認されているわけではない)。

115) ICTY 1999年7月15日上訴裁判部判決 (*Tadić*, IT-94-1 -A), para. 222.

116) PTC, para. 335.

説＝アド・ホック法廷のJCE＝ICC規程25条3項(d)」という理解には矛盾が存在するのではないかという疑念が生じてくる。さらに、前述(3.4)のように、ICC規程25条3項(a)に対する(d)の「(実行)従属性」という観点からも、(a)こそが「正犯」規定なのであって、(b)から(d)は「共犯」(従犯)規定にすぎないのであるから、その意味でも、「正犯」であるJCEが(d)に含まれていると考えることは困難である。

なお、この点、上訴裁判部は、ICC規程25条3項がICTY規程の関連する規定とは異なる構造を有しているため、その意味でもICCがICTYのアプローチに依拠する必要はないとしている¹¹⁷⁾。さらにいえば、以下のように、ICCの多数意見には与していないファン・デン・ウィングार्ट判事(までも)がJCE法理(とりわけ、JCE III)を否定的にみていることにも留意すべきである¹¹⁸⁾。

わたくしは、ICTYが…JCEの第3類型という見出しの刑事責任の帰属形式を採用したという事実を認識している (ICTY 2007年4月3日上訴裁判部判決 (*Brđanin*, IT-99-36-A), para. 424)。しかしながら、この刑事責任の帰属形式 [JCE III] は、明らかに国際慣習法に依拠しているのであって、ICC規程に依拠しているわけではない。したがって、ICCで使用することはできない。

次に、これらの①規定振りの相違という理由に加えて、②JCE法理は主観面に偏重しているという点で責任主義に反しているため妥当ではないということも、併せて指摘されるべきである。この点、本件のICCの各裁判部は、JCE法理のこのような側面については言及しておらず、したがって、JCE法理がICC規程で排除されるべき実質的な根拠をはっきりと明示しているわけではない。しかしながら、ICC規程の枠組みにおいてJCEを否定するためには、ICC規程25条3項(d)のみならず(a)でもJCE法理が正犯性の根拠として採用可能であるか否かについて正面から検討を行う必要がある。というのも、「行う」([c]ommits)という文言を手掛かりに、ICC規程25条3項(a)からJCEを導き出すことも——ICTYの論法に従えば——理論的には

117) AC, paras. 471-472.

118) *Van den Wyngaert*, *supra* note 4, para 61 with fn. 77.

不可能ではなく、また、上述した条文の規定振りの相違などだけからJCE概念を否定しようとしても、それはあくまでも形式的な論拠にすぎず、より具体的・実質的な見地からICC規程における正犯概念を模索していく必要性があるからである。とりわけ、ICC規程が各国による「交渉」の結果として成立し、さまざまな法体系の「妥協の産物」となっていることに鑑みれば、条文内部で（一見すると）整合的ではない箇所が存在するということは当然に想定されうる。ゆえに、そのような「形式面での不備」から直ちにJCEを否定するというのでは、論拠として十分ではなく、JCEを否定する場合であっても、条文の位置関係を越えた「実質的な」検討を通じて、JCEよりも妥当な正犯概念を検討するという作業は不可欠となる。その意味では、ICC規程25条3項（a）においてJCEを導入することを否定する実質的な論拠としては、そもそもJCEという概念それ自体が規範的根拠を欠いていることや、ファン・デン・ウィンガート判事が述べているような法源の差異に加えて、JCEが責任主義に反する法概念であるということも同時に指摘されるべきであろう。

さらに、後述（5.2.3）のように、ICCの各裁判部が、結論として行為支配論を採用するにあたって、犯罪に対する「寄与」の程度・度合という客観的な基準に注目し、ICC規程25条3項（a）の「寄与」は残りの（b）から（d）までの「寄与」よりも重い——とりわけ、「犯罪を『行う』共同正犯による寄与は『犯罪の実行に対し、その他の方法で寄与する』者による寄与よりもずっと重大である必要がある」——としていることも重要である¹¹⁹⁾。すなわち、ICCは、結局のところ、犯罪を行う「意図」という主観的な基準だけではなく、犯罪に対する「寄与」の程度・度合という客観的な基準をも考慮することによって、実質的にも主観説からの脱却を試みているのである。

これらのことから、ICTYやICTRなどの諸種の「特設」（アド・ホック）の国際刑事法廷からICCという「常設」の国際刑事法廷への移行——いわば「パラダイムシフト」、とりわけ、既述したICC規程の解釈・適用上の優越性（3.1）および関与形式に関する条文の精緻化（3.2）という意味での規範的な枠組みの根本的な変化——に伴う国際刑事法上の帰責形式（とくに、

119) PTC, paras. 336-337; TC, paras. 996-999; AC, paras. 468-473.

正犯概念)における最も大きな変動の1つがJCE法理との訣別であった、ということが明らかとなる。以下、本節を要約すれば、上記のように、まず、そもそもJCEの規範的根拠は、それ自体が薄弱なものである。また、「主観説＝アド・ホック法廷のJCE＝25条3項(d)」という一部の論者が想定している図式にも説得力はない。というのも、ICC規程25条3項(a)を(d)と「体系的に」読み比べてみれば、まず形式的に、条文の規定振り・位置関係から、ICC規程における主観説には疑問が生じ、さらには、ICC規程25条3項の体系的な解釈から導き出される、(a)に対する(d)の「(実行)従属性」という観点からも、「正犯」であるJCEが(d)に含まれていると考えることは困難だからである。また実質的にも、JCEという主観面に偏重した概念は、責任主義の観点から妥当ではなく、ICC規程25条3項(a)にいう「行う」(c)ommits」という文言からさえも排除されなければならない。したがって、ICC規程25条3項の枠組みにおける「正犯性」の基準を主観説に基づいて理解しないことを明らかにしたICC(とりわけ、予審裁判部)の立場は、結論としては妥当といえるのである。さらに、本件のICCの各裁判部は、JCEのような主観面に偏重した概念から脱却し、主観面に加えて客観面をも併せて考慮することができる理論を採用することによって、個々の関与者の「寄与度」にも着目しようとしている。このことは行為支配論の内容とも密接に関連しているため、次節(5.2.3)でさらに検討したい。

5.2.3. 行為支配論の採用

こうして、客観説と主観説は共に否定された。しかし、これらの説をどれだけ批判しても行為支配論それ自体が妥当であることの証明にはならない。そこで以下では、行為支配論について検討する。

行為支配論とは、予審裁判部によれば、「犯罪を行うか否か、また、行うとすればどのように行うのかということを決定的にすることによって、犯罪を『支配』している者を正犯とする」見解である¹²⁰⁾。この見解は、第一審裁判部でも上訴裁判部でも明確に是認された¹²¹⁾。すなわち、ICCの判例によれば、「行為支配論」に基づいて「犯罪を支配していること」が、正犯性を根拠づ

120) PTC, para. 330. なお、オステン(前掲注8)122頁に当該箇所の和訳がある。

121) TC, para. 1003; AC, para. 473.

けるのである。さらに、ドイツの通説的な見解によれば、「あらゆる犯罪行為が客観的要素と主観的要素から構成された統一的な意味であるように、正犯と共犯も条文上の構成要件に基づいて客観的基準と主観的基準との統合〔Synthese objektiver und subjektiver Kriterien〕を通じてのみ相互に適切に区別されうる。この〔正犯と共犯を区別するという〕課題を克服するための最も説得力に富んだ方策とは行為支配の指導原理〔Leitprinzip der Tatherrschaft〕である」¹²²⁾とされている。

ICC規程25条3項を「行為支配論」に基づいて体系的に解釈することは、実際にも、以下の3つの理由から、現時点では「最も説得力に富んだ」解釈方法である。

第1に、「行為支配」という基準を用いることは、ICC規程25条3項(a)の「単独で」、「他の者と共同して」、「他の者を通じて」犯罪を行うという3つの概念を体系的に理解することに役立つ。具体的には、前述(3.2および4.3)のように、これらの概念を「直接正犯」、「共同正犯」、「間接正犯」として把握し、それら全体に対する指導原理を「行為支配」概念と理解し、そして、その派生原理である「行動支配」、「機能的行為支配」、「意思支配」によって、それぞれを理論的に根拠づけることができる。

同時に、ICC規程25条3項(a)の3つの「正犯」類型が「行為支配」概念によって根拠づけられる以上、当然、行為支配論は、ICC規程における「正犯」と「共犯」の区別原理としても機能する。すなわち、ICC規程25条3項(a)以外の関与形式——(b)から(d)——こそが、「行為支配」を保持していない「共犯」と理解されることになる。

第2に、客観説とはまったく対照的に、行為支配論によれば、「支配」という概念によって、犯行現場から離れているため直接的には犯罪を実行しない者も「正犯」となりうる¹²³⁾。これは、ICCの対象犯罪の特徴として、最も非難に値する組織の上位者が犯行現場にいないことが多いという実情(前記1)に鑑みれば、極めて妥当な結論である。

第3に、主観面への偏重も克服される。このことを「寄与」という概念に着目し、最も端的に表現しているのは第一審裁判部であり、上訴裁判部

122) *Wessels u.a., a.a.O.* (Fn. 38), § 13 Rn. 518.

123) PTC, paras. 330, 348; TC, paras. 1003-1005; AC, paras. 466, 473.

もそれを是認した¹²⁴⁾。すなわち、ICC規程25条3項 (a) から (d) までの各帰責形式に必要とされる寄与の度合いを比較した場合、必然的に (a) の「寄与」は残りの (b) から (d) までの「寄与」よりも重いため、正犯と共犯は区別されるというのである。具体的には、(a)「犯罪を行う」こと（いわゆる「正犯」）では、当該犯罪の実行に対する「本質的に重要な寄与」(essential contribution)が必要とされているのに対して¹²⁵⁾、(b)・(c)では当該犯罪の実行に対する「実質的な寄与」(substantial contribution)が必要とされている¹²⁶⁾。さらに、(d)では犯罪の実行に対する「その他の方法で〔の〕寄与」が必要とされている。したがって、(a)では他の(b)から(d)までに比べ、より高度の寄与が必要とされているという理由によって、(a)から(d)は寄与度に応じて順に非難の程度・段階に序列があるということになる。なお、このことは、既述(3.4)した「共犯の実行従属性」によっても裏づけられる。この意味で、犯罪に対して「本質的に重要な寄与」を行っている者こそが「正犯」として犯罪を「支配」している者ということになる。

このように、行為支配概念によれば、客観説と主観説が克服される。さ

124) TC, paras. 996-997, 999; AC para. 468.

125) ICC予審裁判部決定としては、例えば、以下の12件、ICC 2008年9月30日予審裁判部決定 (*Katanga and Chui*, ICC-01/04-01/07), paras. 524-526; ICC 2009年3月4日予審裁判部決定 (*Al Bashir*, ICC-02/05-01/09), para. 212; ICC 2009年6月15日予審裁判部決定 (*Bemba*, ICC-01/05-01/08), para. 350; ICC 2010年2月8日予審裁判部決定 (*Abu Garda*, ICC-02/05-02/09-243-Red), para. 153; ICC 2010年9月28日予審裁判部決定 (*Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-1), para. 30; ICC 2011年3月7日予審裁判部決定 (*Banda and Jerbo*, ICC-02/05-03/09-121-Corr-Red), paras. 136-138; ICC 2011年3月8日予審裁判部決定 (*Muthaura et al.*, ICC-01/09-02/11-01), para. 36; ICC 2011年3月8日予審裁判部決定 (*Ruto et al.*, ICC-01/09-01/11-01), para. 40; ICC 2011年11月23日予審裁判部決定 (*Gbagbo*, ICC-02/11-01/11-01), para. 10; ICC 2011年12月16日予審裁判部決定 (*Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-465-Red), paras. 273, 279; ICC 2012年1月23日予審裁判部決定 (*Muthaura et al.*, ICC-01/09-02/11-382-Red), paras. 297, 401-404, 419; ICC 2012年1月23日予審裁判部決定 (*Ruto et al.*, ICC-01/09-01/11-373), para. 40 などがある。

らには、ICC規程25条3項 (a) から (d) について、「正犯」と「共犯」の区別がなされうる。とりわけ、ICC規程25条3項 (a) から (d) では、その寄与度に応じて順に非難の程度・段階に序列があることが明確になることによって、ICC規程25条3項を体系的に理解できるようになるのである。

5. 2. 4. 小括

以上のように、ICCにおける行為支配論の採用は基本的には歓迎されるべきことである。とりわけ、現時点ではICC規程25条3項の体系的な解釈には最も相応しい理論である。もちろん、行為支配論は完全無欠の議論ではない。また、本判決は（重要ではあるが）ただの一里塚にすぎない。しかし、行為支配論が理論的に豊饒な基盤を提供していることに疑問の余地はない。ゆえに、今後の国際刑事法においても、まさに行為支配論を基軸として、ICC対象犯罪を個人に帰責・帰属させるために最も適切な法理とは何か、という理論のいっそうの深化がなされていくことになるであろう。

次章 (6) では、この行為支配論に基づいて、ICC規程25条3項 (a) 2

126) ICTY第一審裁判部判決としては、例えば、以下の7件、ICTY 1997年5月7日第一審裁判部判決 (*Tadić*, IT-94-1-T), paras. 688-692; ICTY 1998年11月16日第一審裁判部判決 (*Mucić et al.*, IT-96-21), paras. 325-329; ICTY 1998年12月10日第一審裁判部判決 (*Furundžija*, IT-95-17/1-T), paras. 226, 229, 231, 233-235; ICTY 1999年6月25日第一審裁判部判決 (*Aleksovski*, IT-95-14/1-T), para. 61; ICTY 2003年3月31日第一審裁判部判決 (*Naletić and Martinović*, IT-98-34-T), para. 63; ICTY 2004年9月1日第一審裁判部判決 (*Brđanin*, IT-99-36-T), para. 271; ICTY 2005年1月17日第一審裁判部判決 (*Blagojević and Jokić*, IT-02-60-T), para. 726, ICTY上訴裁判部判決としては、例えば、以下の4件、ICTY 1999年7月15日上訴裁判部判決 (*Tadić*, IT-94-1-A), para. 229; ICTY 2001年2月20日上訴裁判部判決 (*Mucić et al.*, IT-96-21-A), para. 352; ICTY 2004年2月25日上訴裁判部判決 (*Vasiljević*, IT-98-32-A), para. 102; ICTY 2004年7月29日上訴裁判部判決 (*Blaškić*, IT-95-14-A), paras. 46, 48, ICTR第一審裁判部判決としては、例えば、以下の4件、ICTR 1999年12月6日第一審裁判部判決 (*Rutaganda*, ICTR-96-3-T), para. 43; ICTR 2000年1月27日第一審裁判部判決 (*Musema*, ICTR-96-13-T), para. 126; ICTR 2004年1月22日第一審裁判部判決 (*Kamuhanda*, ICTR-99-54-T), para. 597; ICTR 2003年2月21日第一審裁判部判決 (*Ntakirutimana and Ntakirutimana*, ICTR-96-10-T; ICTR-96-17-T), para. 787 などがある。

（ 46 ） 国際刑事法における行為支配論と共同正犯（ 1 ）

類における共同正犯がどのように理解され、いかなる要件の下に成立するのか、ということなどが主として検討されることになる。

6. ICC規程25条3項（a）2類における共同正犯（以下、次号）

7. むすびにかえて

以上